This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

HARVARD LAW LIBRARY.

Received Jan. 7, 1903

Switzerland. Bundesgericht

ENTSCHEIDUNGEN

des

SCHWEIZERISCHEN BUNDESGERICHTES

aus dem Jahre 1897.

AMTLICHE SAMMLUNG

XXIII. Band.

I. Teil. — Seite 1 bis 976.

ARRÊTS

DU

TRIBUNAL FÉDÉRAL SUISSE

en l'année 1897.

RECUEIL OFFICIEL

XXIIIe VOLUME

Ire partie. — Pages 1 à 976.

LAUSANNE

GEORGES BRIDEL & Cie ÉDITEURS

1898

LAUSANNE. — IMPRIMERIE GEORGES BRIDEL & Cie

Rec. Jan. 7, 1903

INHALTSVERZEICHNISS — TABLE DES MATIÈRES

A. STAATSRECHTLICHE ENTSCHEIDUNGEN

ARRÊTS DE DROIT PUBLIC

Erster Abschnitt. — Première section.

Bundesverfassung. — Constitution fédérale.

Seite

I. Rechtsverweigerung. — Déni de justice 449

II. Gleichheit vor dem Gesetze. — Egalité devant la loi. 456

III. Ausübung der wissenschaftliichen Berufsarten. — Exercice des professions libérales 478

IV. Doppelbesteuerung. — Double imposition . . . 1, 490

V. Niederlassung und Aufenthalt. – Etablissement et séjour 11, 508

VI. Glaubens- und Gewissensfreiheit. Steuern zu Kultuszwecken. — Liberté de conscience et de croyance. Impôts dont le produit est affecté aux frais du culte 20, 526

Seite

VII. Gerichtsstand. — Du for.

1. Verfassungsmässiger Gerichtsstand. Unzulässigkeit von Ausnahmegerichten. — For naturel. Inadmissibilité de tribunaux exceptionnels . 25, 531

2. Gerichtsstand des Wohnortes. — For du domicile 27

3. Gerichtsstand in Erbschaftssachen. — Du For en matière de succession 40

VIII. Vollziehung kantonaler Urteile. — Exécution de jugements cantonaux. 59, 544

Zweiter Abschnitt. — Seconde section.

Bundesgesetze. — Lois fédérales.

I. Auslieferung von Verbrechern und Angeschuldigten. — Extradition de criminels et d'accusés . 547

II. Civilstand und Ehe. — Etat civil et mariage. . . 63

III. Persönliche Handlungsfähigkeit. — Capacité civile. 566

IV. Civilrechtliche Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter. — Rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour 70, 569

V. Organisation der Bundesrechtspflege. — Organisation judiciaire fédérale 552

Dritter Abschnitt. — Troisième section.

Kantonsverfassungen. — Constitutions cantonales.

I. Kompetenzüberschreitungen kantonaler Behörden. — Abus de compétence des autorités cantonales. 77

II. Anderweitige Eingriffe in garantierte Rechte. — Atteintes portées à d'autres droits garantis . . 576

Vierter Abschnitt. — Quatrième section.

Staatsverträge der Schweiz mit dem Auslande.

Traités de la Suisse avec l'étranger.

Seite

I. Staatsverträge über civilrechtliche Verhältnisse. — Rapports de droit civil.

A. Vertrag mit Frankreich vom 15. Juni 1869. — Traité avec la France du 15 juin 1869. . . . 101

B. Vertrag mit Italien vom 22. Juli 1868. — Traité avec l'Italie du 22 juillet 1868. 587

II. Auslieferung. — Extradition.

Vertrag mit Russland. — Traité avec la Russie 107

B. STRAFRECHTSPFLEGE

ADMINISTRATION DE LA JUSTICE PÉNALE

I. Zollwesen. — Péages. 593

II. Patenttaxen der Handelsreisenden. — Taxes de patente des voyageurs de commerce. 600

C. CIVILRECHTSPFLEGE

ADMINISTRATION DE LA JUSTICE CIVILE

I. Abtretung von Privatrechten. — Expropriation. 113, 602

II. Heimatlosigkeit. — Heimatlosat 122

III. Haftpflicht der Eisenbahnen bei Tödtungen und Verletzungen. — Responsabilité des entreprises de chemin de fer en cas d'accident entraînant mort d'homme ou lésions corporelles . . 152, 619

Seite

IV. Fabrik- und Handelsmarken. — Marques de fabrique 638

V. Obligationenrecht. — Code des obligations . 166, 648

VI. Haftpflicht für den Fabrik- und Gewerbebetrieb. — Responsabilité pour l'exploitation des fabriques. 301, 858

VII. Erfindungspatente. — Brevets d'invention . 322, 903

VIII. Schuldbetreibung und Konkurs. — Poursuite pour dettes et faillites 337

IX. Organisation der Bundesrechtspflege. — Organisation judiciaire fédérale. 123, 609

X. Civilstreitigkeiten zwischen Kantonen einerseits und Privaten oder Korporationen anderseits. — Différends de droit civil entre des cantons d'une part et des corporations ou des particuliers d'autre part 349, 913

XI. Civilstreitigkeiten zwischen Bund und Privaten oder Korporationen. — Différends de droit civil entre la Confédération et des particuliers ou des corporations. 372, 930

XII. Civilstreitigkeiten zu deren Beurtheilung das Bundesgericht von beiden Parteien angerufen worden ist. — Différends de droit civil portés devant le Tribunal fédéral par convention des parties . 383

D. Entscheidungen der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer.

Arrêts de la chambre des poursuites et des faillites.

Seite 393, 943.

A. STAATSRECHTLICHE ENTSCHEIDUNGEN

ARRÊTS DE DROIT PUBLIC

Erster Abschnitt. — Première section.

Bundesverfassung. — Constitution fédérale.

I. Doppelbesteuerung. — Double imposition.

1. Urteil vom 3. Februar 1897 in Sachen Basellandschaftliche Hypothekenbank.

Nachdem die Aktiengesellschaft „Basellandschaftliche Hypothekenbank" in Liestal am 1. Oktober 1895 in Basel eine Zweigniederlassung errichtet hatte, machte sie den Steuerbehörden von Baselstadt und Baselland den Vorschlag, daß in Zukunft für die Besteuerung ihres Vermögens und Einkommens das Verhältnis der Geschäfte maßgebend sein solle, die an beiden Sitzen besorgt würden. Dieses Verhältnis, wurde beigefügt, sei zur Zeit ungefähr $^2/_3$ zu $^1/_3$. Die Finanzdirektion von Baselstadt erklärte sich mit dem Vorschlag einverstanden, ebenso die Gemeindesteuerbehörde von Liestal. Dagegen erhoben die kantonalen Steuerorgane von Baselland den Anspruch, daß der ganze Reservefonds in ihrem Kantone versteuert werde. Nachdem die obere kantonale Steuerbehörde, die Staatssteuerrekurskommission, durch Zuschriften vom

5. und 25. April 1896 hievon der Hypothekenbank Kenntnis gegeben hatte, erhob diese mit Eingabe vom 3. Oktober gl. J. den staatsrechtlichen Rekurs beim Bundesgericht, weil in der Heranziehung des ganzen Reservefonds zur Versteuerung in Baselland eine verfassungsmäßig unzulässige Doppelbesteuerung läge. Deshalb wird beantragt: „Es soll bundesgerichtlich ausgesprochen werden, daß der Kanton Basellandschaft nur berechtigt sei, einen dem Geschäftsumsatz der Geschäftsniederlassung in Liestal entsprechenden Theil des Reservefonds, zur Zeit zwei Drittteile desselben, zur Steuer heranzuziehen."

Für die Staatssteuerrekurskommission ließ sich hierauf der Regierungsrat des Kantons Basellandschaft folgendermaßen vernehmen: Es handle sich um zwei verschiedenartige Steuern, und auch die Objekte, die versteuert werden, seien verschiedene. Im Kanton Baselland werde der Reservefonds zur Besteuerung herangezogen, in Baselstadt dagegen sei es das eigentliche Aktienkapital, das besteuert werde, während der Reservefonds frei ausgehe. Basel wäre selstverständlich befugt, wird weiter bemerkt, seine Steuerhoheit durch Gesetz so zu erweitern, daß neben der jetzigen Aktiensteuer auch der jeweilen vorhandene Reservefonds als Vermögen müßte besteuert werden; aber auch dem Kanton Baselland würde das Recht zustehen, neben der bestehenden Vermögenssteuer auch noch die Besteuerung des Aktienkapitals einzuführen. So lange aber weder in Baselland das Aktienkapital, noch in Baselstadt der Reservefonds zur Steuer herangezogen werde, könne von einer bundesrechtlich unzulässigen Doppelbesteuerung nicht gesprochen werden. Es entspreche aber auch den Anforderungen der Billigkeit, daß der ganze Reservefonds in Baselland versteuert werde. Einmal sei derselbe in der Hauptsache durch die basellandschaftlichen Hypothekarschuldner zusammengebracht worden. Sodann habe die Rekurrentin seit ihrer Gründung (1849) die öffentlichen Einrichtungen des Kantons stets in hohem Maße in Anspruch genommen, wogegen sie während vieler Jahre keinerlei Steuer an den Kanton zu bezahlen gehabt habe. Zudem habe sich auch Baselland gegenüber den auswärts domizilierten Erwerbsgesellschaften, die teilweise im Kanton ihr Geschäft betreiben, auf den Standpunkt gestellt, daß der Reservefonds hier steuerfrei sein soll. Was

endlich die Quote betreffe, so habe sich die Staatssteuerrekurskommission mit dem Vorschlag der Verteilung zu $^2/_3$ und $^1/_3$ nur unter der Voraussetzung einverstanden erklärt, daß die Bankbehörde sich die Besteuerung des ganzen Reservefonds gefallen lasse.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Grundsätzlich erhebt der Regierungsrat von Baselland keinerlei Einwendung dagegen, daß in der Besteuerung des (beweglichen) Vermögens und des Einkommens der Rekurrentin zwischen den beiden Kantonen Baselstadt und Baselland eine Teilung nach dem Verhältnis der Geschäfte Platz greife, die an beiden Orten besorgt werden; und es ist in der That vom bundesrechtlichen Standpunkte aus gegen eine derartige Ausgleichung des Konfliktes zwischen zwei kantonalen Steuerhoheiten, der sich in derartigen Fällen erhebt, nichts zu erinnern. Der Regierungsrat von Baselland glaubt aber trotzdem, einen Teil des Vermögens der Rekurrentin, den Reservefonds, ausschließlich zur Versteuerung heranziehen zu dürfen, ohne dadurch gegen das Verbot der Doppelbesteuerung zu verstoßen, deshalb, weil der Reservefonds in Baselstadt nicht besteuert werde. Darauf nun aber, welches konkrete Steuersystem in dem Kantone, dessen Konkurrenz in Frage steht, angewendet, und darauf insbesondere, ob thatsächlich das Objekt, um das es sich gerade handelt, dort ebenfalls besteuert wird, kommt es nach konstanter bundesgerichtlicher Praxis nicht an. Vielmehr liegt danach eine bundesrechtlich unzulässige Doppelbesteuerung schon dann vor, wenn ein Kanton seine Steuerhoheit da ausüben will, wo sie, wenn auch nur in thesi, einem andern Kanton zusteht. Wenn daher in der Rekursantwort ausdrücklich zugestanden wird, daß Baselstadt befugt wäre, seine Steuerhoheit auch auf den Reservefonds auszudehnen, so ist damit dem erhobenen Einwande jede Grundlage entzogen. Daran ändert der Umstand nichts, daß Baselland seinerseits zur Zeit das Aktienkapital als solches nicht zur Steuer heranzieht; denn dadurch, daß dieser Kanton ein Recht, das ihm zusteht, nicht ausübt, erwirbt er keineswegs die Befugnis, ein solches, das ihm nicht zusteht, auszuüben. Ebenso unstichhaltig sind selbstverständlich die in der Vernehmlassung vorgebrachten Billigkeits-

erwägungen. Es kommt weder auf den Ursprung des Reservefonds, noch auf die Art und den Ort seiner Verwaltung, noch endlich darauf an, in welchem Maße früher die Rekurrentin an die staatlichen Lasten durch Steuern beigetragen habe. Sondern es frägt sich einzig, ob der Reservefonds zu denjenigen Steuerobjekten gehöre, über deren Heranziehung zur Steuer sich die Beklagten grundsätzlich verständigt haben, was ohne weiteres bejaht werden muß, da dieser Fonds einen Bestandteil des gesammten beweglichen Vermögens der Rekurrentin bildet.

2. Da der Regierungsrat von Baselland behauptet, daß das Verhältnis von $^2/_3$ zu $^1/_3$ nur unter einer Bedingung anerkannt worden sei, die nunmehr entfällt, so kann hierüber heute nicht entschieden, sondern es muß die Frage späterer endgültiger Regelung vorbehalten werden.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird im Sinne der Erwägungen begründet erklärt und demgemäß der Kanton Basellandschaft nur für berechtigt erklärt, einen dem Geschäftsumsatz der Geschäftsniederlassung in Liestal entsprechenden Theil des Reservefonds zur Steuer heranzuziehen.

---

2. *Sentenza del 26 febbraio 1897 nella causa Zwilchenbart & C°.*

A. La Ditta Zwilchenbart di Basilea tiene a Chiasso, Cantone Ticino, una sotto-agenzia, il cui genere d'operazioni è regolato da apposito regolamento prodotto in atti. In luglio del 1896 il Comune di Chiasso rimise al di lei agente un bollettino d'imposta per l'importo di fr. 4. 20, corrispondente alla prima rata di taglia comunale sulla rendita pel 1896, e dietro rifiuto della Ditta Zwilchenbart di eseguire il pagamento il Municipio di Chiasso risolse il 22 agosto 1896 di insistere nell'esazione. Contro questa risoluzione la Ditta

Zwilchenbart & C^i ricorse al Consiglio di Stato sostenendo d'essere obbligata alle imposte solo nel Cantone di Basilea, dove essa paga per tutta la rendita, anche per quella dipendente dalla sotto-agenzia di Chiasso. Il ricorso venne però respinto dal Consiglio di Stato con decreto del 12 settembre 1896 in prima linea come tardivo, non avendo la Ditta Zwilchenbart osservato i termini di legge, in seconda linea come infondato, la tassazione nel Comune di Chiasso essendo avvenuta solo per gli affari conchiusi nel cantone, pei quali la Ditta Zwilchenbart & C^i deve essere ritenuta come domiciliata nel Ticino a stregua del disposto dell'art. 21 della legge federale 22 marzo 1888 sulle operazioni delle agenzie d'emigrazione che crea per le Società d'emigrazione un foro speciale in tutti i cantoni dove esse fanno degli affari. Il Consiglio di Stato osserva inoltre che non è il caso di parlare di doppia imposta non essendo provato che nel Cantone di Basilea la Ditta ricorrente debba pagare anche per la rendita procuratale dalla sotto-agenzia di Chiasso, e che di fronte al tenore esplicito dell'art. 6, lett. b, paragrafo della legge tributaria cantonale, che sottopone all'imposta sulla sostanza e sulla rendita che hanno nel Cantone tutte le ditte commerciali che vi tengono una succursale, un'agenzia o una rappresentanza qualsiasi o che vi esercitano un'industria, poco importa di sapere quale sia il carattere giuridico dell'ufficio di Chiasso.

B. La Ditta Zwilchenbart & C^i ricorre contro questa decisione al Tribunale federale domandando l'annullazione della taglia pretesa dal Comune di Chiasso perchè costituente un caso di doppia imposta, e adducendo a sostegno di questa sua affermazione quanto segue: Il ricorso al Consiglio di Stato non poteva dichiararsi tardivo, la comunicazione dei prospetti d'imposta avvenuta all'ufficio di Chiasso non essendo vincolante per la sede principale ed il diritto di ricorrere per violazione della Costituzione federale non potendo essere intralciato da disposti di leggi cantonali. In ogni caso il decreto del Consiglio di Stato si riferisce non solo alle rate scadute, ma anche all'imposta da percepirsi più

tardi dalla Ditta ricorrente e sotto questo aspetto il ricorso sarebbe in ogni caso ammissibile.

Quanto al merito, la giurisprudenza del Tribunale federale statuisce che perchè vi sia infrazione al divieto di doppia imposta non è necessario di provare che si paghi effettivamente nel Cantone alla cui sovranità tributaria si è sottoposti. L'art. 21 della legge federale 22 marzo 1888 è senza importanza nel caso attuale, riferendosi solo ad una questione di foro. Il solo punto rilevante pel ricorso è quello di sapere se l'ufficio della Ditta Zwilchenbart & C^i a Chiasso costituisce una succursale, oppure una semplice sotto-agenzia, la questione di domicilio dovendosi risolvere appunto in base al carattere giuridico che riveste quest'ufficio. Ora il Consiglio di Stato non ha saputo addurre un solo argomento a confutazione della tesi sostenuta dalla ricorrente che a Chiasso essa abbia una semplice sotto-agenzia. Il decreto del Consiglio di Stato è basato unicamente sul disposto dell'art. 6, lett. b, paragrafo, della legge cantonale, il quale obbligando le ditte commerciali a pagare le imposte nel Cantone anche per una semplice sotto-agenzia, contiene una regola contraria ai principi costituzionali ed alla giurisprudenza del Tribunale federale in materia.

C. Rispondendo alle allegazioni della ricorrente il Consiglio di Stato dichiara di non voler opporre l'eccezione di tardività del ricorso inoltrato alle istanze cantonali, e di volersi limitare, affine di ottenere un giudizio di massima, a domandare il rigetto del ricorso nel merito. Per fondare questa sua conclusione il Consiglio di Stato adduce in sostanza le stesse argomentazioni contenute nel suo decreto impugnato e riprodotte di sopra, facendo rilevare solo riguardo all'invocato disposto dell'art. 21 della legge federale 22 marzo 1888 che tanto la questione di foro, quanto quella d'imposta, si basano sul medesimo criterio, quello del domicilio, di modo che se la Ditta Zwilchenbart & C^i può essere citata davanti i Tribunali ticinesi per l'adempimento dei contratti conchiusi nel Cantone, essa non può rifiutarsi neppure a pagare le imposte per gli affari procuratile dalla sotto-agenzia di Chiasso

In diritto ;

1. Di fronte alla dichiarazione del Consiglio di Stato di voler fare astrazione dell'eccezione di tardività, il ricorso deve essere esaminato nel merito. Devesi dunque decidere se la Ditta Zwilchenbart & C^i^ può essere tenuta al pagamento delle imposte nel Ticino per gli affari che essa conchiude a mezzo della sua agenzia di Chiasso. La questione dipende, come osserva con ragione la Ditta ricorrente, dal vedere se detta agenzia abbia o meno il carattere di una succursale. Se sì, l'obbligo della Ditta Zwilchenbart & C^i^ non è dubbio secondo la pratica del Tribunale federale (ved. la sentenza nella causa Cornaz frères, vol. XVIII, 436).

2. Ora è chiaro che l'ufficio di Chiasso non si può ritenere come succursale che in quanto è autorizzato a conchiudere dei contratti che divengono vincolanti solo colla firma del proprio gerente, senza bisogno che vi sia l'approvazione della sede principale. In quanto che è solo riguardo a questi affari che l'ufficio di Chiasso si può considerare come rappresentante dell'ufficio principale di Basilea, come un negozio accessorio avente attributi ed attività sua propria (vedasi la sentenza del Trib. fed. nella causa Rommel, vol. XII, pag. 33 e seg.).

3. Gli attributi delle sotto-agenzie della Ditta Zwilchenbart & C^i^ sono determinati dal § 9 del rispettivo regolamento, il quale statuisce che tutti i contratti di trasporto, ad eccezione di quelli per viaggi diretti da Hâvre a New-York, debbano essere conchiusi dalle sotto-agenzie sotto riserva dell'approvazione della sede principale. Anche l'ufficio di Chiasso non è dunque autorizzato a conchiudere da solo altri contratti che quelli che concernono viaggi diretti da Hâvre a New-York, ciò che succede evidentemente per tutti gli emigranti che dal Ticino vengono istradati sopra le due suddette località. Riguardo a questi contratti l'agenzia di Chiasso agisce in forza di attributi propri ed assume perciò di fronte alla sede di Basilea il carattere di una vera filiale. Per ciò che riguarda invece i contratti ch'essa è obbligata di conchiudere sotto riserva della ratifica della sede di Basilea, la sua posizione

giuridica non è quella di filiale, ma solo di ufficio intermediario, la vera conclusione dei contratti avvenendo a Basilea.

4. Da queste considerazioni risulta che il Cantone Ticino è in diritto di percepire le imposte sulla rendita della Ditta Zwilchenbart & C^i per tutti quegli affari che l'agenzia di Chiasso fa con emigranti che vengono istradati sopra Hâvre-New-York, ma non pei contratti che abbisognano per la loro perfezione della ratifica della sede di Basilea. Le disposizioni contrarie delle leggi cantonali non possono avere per effetto di modificare in checchesia il tenore di questa conclusione, stante il principio che il diritto federale prevale sul diritto cantonale.

Per questi motivi,

il Tribunale federale pronuncia :

Il ricorso è ammesso parzialmente come ai considerandi precedenti.

---

3. Urteil vom 4. März 1897 in Sachen Kaufmann.

I. Arnold Kaufmann in Bern heirathete am 8. Januar 1896 die minderjährige Karolina Weber von Gunzwil (Kanton Luzern), in Sursee.

II. Mit Brief vom 11. Juni 1896 übermittelte der Gemeindeammann von Gunzwil dem Kaufmann für seine Ehefrau eine Steuernote, worin er zur Bezahlung folgender Steuern aufgefordert wurde:

Polizeisteuer pro 1896	Fr.	82	77
Staatssteuer pro 1896	„	82	78
Summa:	Fr.	165	55

Gegen diese Steueranlage erhob Kaufmann am 26. September 1896 beim Gemeinderat von Gunzwil Einsprache: Seine nunmehrige Ehefrau sei im Oktober 1895 von Gunzwil nach Sursee übergesiedelt. Am 8. Januar 1896 sei aber in Folge der Verehelichung der Wohnsitz ihres Mannes, Bern, zu ihrem Wohnorte geworden. Frau Kaufmann sei demnach nach luzernischem Rechte in Gunzwil nicht steuerpflichtig. Der Gemeinde-

rat wies das Gesuch aus formellen und materiellen Gründen ab und stellte dem Beschwerdeführer die Steuernote nochmals zu.

III. Kaufmann rekurrierte gegen diesen Beschluß an das Justizdepartement des Kantons Luzern. Der Regierungsrat verwarf die Beschwerde am 30. Oktober unter Berufung auf formelle und materielle Gründe: Dem Rekurrenten sei am 12. Juni bei Uebersendung der Steuernote migeteilt worden, daß er allfällige Einsprache gegen Steuerpflichtigkeit oder Taxation innert vierzehn Tagen beim Gemeinderat Gunzwil schriftlich anzubringen habe. Kaufmann habe jede Reklamation unterlassen. Eine Doppelbesteuerung sei übrigens nicht nachgewiesen.

IV. Ein Wiedererwägungsgesuch Kaufmanns erklärte der Regierungsrat durch Erkenntnis vom 21. Dezember 1896 unbegründet. Der Regierungsrat führte dabei aus, Rekurrent hätte jedenfalls seine Einsprache gemäß § 32 des luzernischen Steuergesetzes innert vierzehn Tagen beim Gemeinderate Gunzwil anbringen sollen. Er habe aber die Besteuerung einfach ignoriert. Der Umstand, daß er außer dem Kanton sich aufhält, sei irrelevant. Der Rekurs sei unter allen Umständen verspätet gewesen und, auf denselben materiell einzutreten, sei daher nicht nötig.

V. Mit Rekurs vom 30. Dezember 1896 hat Kaufmann beim Bundesgericht folgende Begehren gestellt:

1. Es seien die angefochtenen Entscheidungen des Regierungsrates des Kantons Luzern vom 30. Oktober und 21. Dezember aufzuheben und die Regierung von Luzern zur Rückerstattung der für diese Entscheidungen bezogenen Kanzleigebühren anzuhalten.

2. Es sei der Regierungsrat anzuhalten, auf den Steuerrekurs materiell einzutreten.

3. Eventuell möge das Bundesgericht, von einer Rückweisung Umgang nehmend, auf diesen Steuerrekurs selber eintreten und ihn aus dem Gesichtspunkte der Doppelbesteuerung in dem Sinne begründet erklären, daß Rekurrent nur $^{7}/_{366}$ der ihm von der Gemeinde Gunzwil geforderten Steuer zu bezahlen habe.

Die Ausführungen des Rekurrenten sind im wesentlichen folgende: Dem bundesrechtlichen Verbote der Doppelbesteuerung gegenüber haben kantonale Formvorschriften, wie Fristbestimmungen, keinen Anspruch auf Geltung. Im Uebrigen sei jedenfalls die Steuergesetzgebung des Kantons Luzern für einen

Bürger nur soweit verbindlich, als er der Steuerhoheit des Kantons Luzern unterstehe. Für die Zeit vom 8. Januar bis Ende 1896 sei das Steuergesetz des Kantons Luzern, soweit es Mobiliarsteuern betreffe, für die Ehegatten Kaufmann nicht verbindlich.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der unterm 30. Dezember 1896 eingereichte Rekurs ist gegen die regierungsrätlichen Schlußnahmen vom 30. Oktober und 21. Dezember 1896 gerichtet. Die sechzigtägige Frist ist also sowohl gegenüber dem ersten als gegenüber dem zweiten dieser Beschlüsse gewahrt.

2. An die vom luzernischen Rechte aufgestellten Rekursfristen war der Beschwerdeführer nicht gebunden, da er resp. dessen Ehefrau schon vor Zustellung der ersten Steuernote vom 11. Juni 1896 nicht mehr im Kanton Luzern domiziliert war.

3. Durch die Abweisungsbeschlüsse des Regierungsrates wird die Besteuerung der Frau des Rekurrenten für das Jahr 1896 im Kanton Luzern sanktioniert. Nun ist erwiesen, daß letztere am 8. Januar 1896 ihren Wohnsitz im Kanton Luzern aufgegeben und nach Bern verlegt hat. Von diesem Tage an war sie also der Steuerhoheit des Kantons Bern unterstellt und es liegt in ihrer Besteuerung für den Rest des Jahres 1896 durch den Kanton Luzern eine Verletzung des durch die bundesrechtliche Praxis statuierten Verbotes der Doppelbesteuerung. Diese Praxis hat nämlich einerseits stets daran festgehalten, daß das bewegliche Vermögen am Wohnorte des Eigentümers zu versteuern sei und anderseits den Grundsatz aufgestellt, daß eine unzulässige Doppelbesteuerung immer vorliege, wenn ein Kanton eine Person seiner Steuerhoheit unterwerfen will, welche der Steuerhoheit eines andern Kantons untersteht, gleichviel ob letzterer von seinem Hoheitsrechte wirklich Gebrauch macht.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird in dem Sinne begründet erklärt, daß der Beschwerdeführer nur $^{7}/_{366}$ der ihm von der Gemeinde Gunzwil geforderten Steuer zu bezahlen hat.

II. Niederlassung und Aufenthalt.

Etablissement et séjour.

4. Urteil vom 18. Februar 1897 in Sachen Totti.

I. Die Gemeindeversammlung von Lostallo, Kanton Graubünden, beschloß, dem Giacomo Totti aus Biasca und seiner Familie die Niederlassung zu entziehen. Der Kleine Rat von Graubünden genehmigte am 21. August 1896 den Beschluß der Gemeinde Lostallo und gab davon dem Regierungsrate des Kantons Tessin Kenntnis. Der Kleine Rat stützte seinen Beschluß namentlich auf folgende Gründe: Die Familie Totti schulde der Gemeinde Lostallo Utilitätstaxen im Betrage von 12 Fr. Die Familie sei nicht in der Lage, sich den notwendigen Lebensunterhalt zu erwerben. Wiederholte Unterstützungsgesuche an die Heimatgemeinde Biasca seien von der letztern gar nicht oder abweisend beantwortet worden. Die Familie falle der öffentlichen Wohlthätigkeit zur Last und die zeitweise geistesgestörte Frau des Giacomo Totti belästige die Leute.

II. Der Staatsrat von Tessin ersuchte die bündnerische Regierung, den Ausweisungsbeschluß aufzuheben oder so lange zu suspendieren, bis der Nachweis geleistet sei, daß die Familie Totti der Gemeinde Lostallo wirklich zur Last falle. Nach Mitteilungen des Gemeinderates von Biasca, dessen Präsident die Verhältnisse an Ort und Stelle untersucht habe, sei Totti, wenn auch seine Gesundheit keine sehr feste sei, doch noch arbeitsfähig. Ein in Frankreich befindlicher volljähriger Sohn sende von Zeit zu Zeit der Familie Unterstützung. Eine Tochter, welche circa 12 Jahre alt und sehr kräftig sei, könne mit einigem gutem Willen für sich und für die Familie den Lebensunterhalt verdienen. Zwei andere Kinder im Alter von 11 bis 15 Jahren seien schon stark entwickelt und können selbständig arbeiten. Die Frau sei schwatzhaft, es werde jedoch bezweifelt, daß sie geistesgestört sei. Auf die Frage, ob er Unterstützung bedürfe, habe Totti verneinend geantwortet und erklärt, es genüge, wenn die Gemeindesteuer von 12 Fr.

für ihn bezahlt werde. Aus dem Mitgeteilten gehe hervor, daß die Voraussetzungen des Art. 45 der Bundesverfassung noch nicht vorhanden seien. Die 12 Fr. rückständige Gemeindesteuer werde die Gemeinde Biasca bezahlen. Der Kleine Rat von Graubünden beschloß nach Einholung der Vernehmlassung des Gemeindevorstandes von Lostallo, auf dieses Gesuch nicht einzutreten. Es seien keine neuen Momente zu Tage getreten, welche in dem Ausweisungsbeschlusse nicht berücksichtigt worden seien. Im Gegenteil seien die Thatsachen, auf welchen der Beschluß beruhe, bestätigt worden. Es ergebe sich, daß die Heimatgemeinde der Familie Totti schon im Februar 1896 um Bezahlung der 12. Fr. für bewilligte Gemeinde-Utilitäten angegangen worden sei, diesen Betrag aber erst am 7. September 1896 bezahlt habe. Widerholte Gesuche der Gemeinde Lostallo um eine dauernde Unterstützung für die Familie Totti seien von der Gemeinde Biasca ablehnend beschieden worden. Es sei neuerdings festgestellt worden, daß die Familie Totti dauernder Unterstützung bedürftig sei und von der Gemeinde Lostallo unterstützt werden müsse, wenn die Heimatgemeinde ihrer Verpflichtung nicht nachkomme. Die Unterstützungsbedürftigkeit ergebe sich daraus, daß der Ehemann wegen eines Bruches und dauernder Kränklichkeit, die Ehefrau wegen ihres geistigen Zustandes in sehr beschränktem Grade arbeitsfähig seien. Die zwei schulpflichtigen Knaben kommen für den Erwerb nicht in Betracht und die achtzehnjährige arbeitsfähige Tochter könne wegen mangelnden Verdienstes nicht viel mehr als ihren eigenen Lebensunterhalt erwerben. In gleichen Verhältnissen wie die Tochter sei der im Auslande befindliche erwachsene Sohn, welcher der Familie nur sehr spärliche Unterstützungen gewähre.

III. Die Familie Totti hat die Aufhebung des Niederlassungsentzuges beantragt. Ihre an den Bundesrat gerichtete Eingabe wurde von der Bundeskanzlei dem Bundesgerichte, als in dessen Kompetenz fallend, übermittelt. Zur Begründung des Rekurses wird im wesentlichen ausgeführt: Die Familie Totti besitze in Lostallo ein kleines Haus, eine Scheune und einigen Grund und Boden. Sie sei seit 30 Jahren daselbst niedergelassen. Ihr Betragen sei stets ein gutes gewesen. Anklagen gegen sie seien nie erhoben und es sei auch nie ein Strafurtheil gegen sie ausge-

fällt worden. Ebensowenig sei sie dauernd der öffentlichen Wohlthätigkeit zur Last gefallen. Sie sei Anfangs 1896 der Gemeinde Lostallo eine Steuer von 12 Fr. schuldig geblieben. Darin bestehe ihr ganzes Vergehen. Der Gemeinderat von Biasca sei bereit, eine Unterstützung zu bewilligen, wenn ein Bedürfnis dafür nachgewiesen werde. Ein solches sei bis jetzt nicht vorhanden gewesen. Art. 45 der Bundesverfassung müsse in dem Sinne ausgelegt werden, daß die Niederlassung nur ausnahmsweise entzogen werden könne.

In der Antwort der Gemeinde Lostallo werden außer den bisher angeführten noch folgende Gründe zur Unterstützung der Ausweisungsverfügung geltend gemacht: Das Betragen der Familie und der Kinder Totti sei ein tadelhaftes und verwerfliches; letztere seien vor kurzer Zeit noch beim Gemeindevorstand wegen kleinerer Diebstähle verzeigt worden. Die Behauptung, daß die Familie das Opfer von Nachstellungen sei und daß sie eigenen Besitz habe, sei aus der Luft gegriffen. Thatsache sei, daß auf das Gesuch des Totti hin der Gemeindevorstand für ihn in Biasca Unterstützung verlangt habe. Biasca habe dieselbe verweigert. Die Familie Totti sei mit der Bezahlung der Gemeindesteuern im Betrage von 81 Fr. 85 Cts. im Rückstande.

Der Kleine Rat von Graubünden erklärt seinerseits, es sei erwiesen, daß die Familie Totti im Sinne von Art. 45 der Bundesverfassung dauernd unterstützungsbedürftig sei. Wäre sie in einer bündnerischen Gemeinde heimatberechtigt, so würde der Kleine Rat letztere unbedingt zu dauernder und regelmäßiger Unterstützung verpflichten. Die Familie Totti habe selbst in Biasca um Unterstützung nachgesucht und der Gemeinderat von Lostallo das Gesuch auf ihr dringendes Verlangen wiederholt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Nach Art. 45, Absatz 3 der Bundesverfassung kann die Niederlassung denjenigen entzogen werden, „welche dauernd der öffentlichen Wohlthätigkeit zur Last fallen und deren Heimatgemeinde, beziehungsweise Heimatkanton, eine angemessene Unterstützung trotz amtlicher Aufforderung nicht gewährt.“

Frägt es sich, ob im vorliegenden Falle die Voraussetzungen vorhanden sind, von welchen hier der Niederlassungsentzug abhängig

gemacht ist, so ist in erster Linie über das Vorhandensein dauernder Unterstützungsbedürftigkeit zu entscheiden, da, erst wenn diese vorhanden ist, die Berechtigung zu einem Unterstützungsbegehren an die Heimatgemeinde besteht.

Die dauernde Unterstützungsbedürftigkeit kann sich entweder aus den Verhältnissen der in Betracht kommenden Personen an und für sich ergeben. So werden bleibend und schwer kranke, gebrechliche, geistesgestörte Personen, elternlose Kinder, sofern sie der Subsistenzmittel entbehren, ohne weiteres von der Heimatgemeinde übernommen oder unterstützt werden müssen. Oder die dauernde Unterstützungsbedürftigkeit kann sich daraus ergeben, daß während der bisherigen vorübergehenden Unterstützungen und Maßnahmen der öffentlichen Armenpflege des Wohnsitzes eine Besserung der Verhältnisse nicht eingetreten ist. Gewerbsmäßiger Bettel oder Unterstützung durch freiwillige Wohlthätigkeit könnten neben den öffentlichen Unterstützungen in Betracht fallen.

2. Im vorliegenden Falle steht außer Zweifel, daß die Wohnsitzgemeinde Lostallo an die Familie Totti noch keine Armenunterstützungen gewährt hat. Es kann demnach auch nicht gesagt werden, daß letztere der öffentlichen Wohlthätigkeit zur Last gefallen sei. Gewerbsmäßiger Bettel und Unterstützung durch private Wohlthätigkeit sind auch nicht nachgewiesen.

Die Entscheidung hängt demnach davon ab, ob anzunehmen sei, daß die Familie Totti nach ihren Erwerbsverhältnissen und ihrer sonstigen Lage der öffentlichen Wohlthätigkeit notwendig dauernd zur Last fallen müßte. Der Nachweis hiefür ist nicht erbracht. Aus dem, was nach den beidseitigen Anbringen feststeht, geht hervor, daß der Vater Totti mit Gebrechen behaftet und kränklich, aber noch teilweise arbeitsfähig ist. Daß die Mutter Totti an Geistesstörung leidet, darf als nachgewiesen betrachtet werden, nicht aber daß dies in dauernder Weise und in höherm Maße der Fall sei. Es liegt weder ein sachverständiger Befund noch ein Nachweis dafür vor, daß Frau Totti etwa schon vorübergehend von der Gemeinde Lostallo in eine Anstalt hätte untergebracht werden müssen. Die Tochter Totti ist auch nach den Berichten der Gemeinde Lostallo arbeitsfähig. Der abwesende Sohn läßt der Familie von Zeit zu Zeit Unterstützungen zu-

kommen. Von den beiden Knaben ist der eine elf, der andere vierzehn Jahre alt; der letztere rückt also binnen Kurzem in das Alter vor, in welchem er der Familie nicht mehr zur Last fallen wird oder sogar zu ihrem Unterhalt beitragen kann.

Unter solchen Umständen ist es wahrscheinlich, daß die Familie Totti, besonders wenn ihr hie und da vorübergehend etwas nachgeholfen wird, nicht dauernd der öffentlichen Wohlthätigkeit zur Last fallen wird.

Die Wegweisung der Famile Totti aus Lostallo verstößt demnach gegen die Bundesverfassung.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird begründet erklärt: die Verfügung des Kleinen Rates des Kantons Graubünden vom 21. August 1896 und der durch dieselbe bestätigte Beschluß der Gemeindeversammlung von Lostallo werden aufgehoben.

---

5. Urteil vom 11. März 1897 in Sachen Schildknecht.

A. Durch Beschluß vom 5. November 1896 wies der Gemeinderat von Schenkon, Kantons Luzern, die in Menznau, im nämlichen Kanton, heimatberechtigte ledige Marie Schildknecht aus dem Gebiete seiner Gemeinde, auf dem sie sich seit mehreren Wochen mit ihrer Mutter aufhielt, aus, und setzte ihr Frist bis zum 16. November, um die Grenzen der Gemeinde zu verlassen. Der Beschluß wurde damit begründet, daß die Marie Schildknecht, die sich im Zustande außerehelicher Schwangerschaft befinde, im Falle einer außerehelichen Geburt der Gemeinde Schenkon unbedingt zur Last fallen würde, daß dieselbe infolge ihres unsittlichen Lebenswandels allgemein in sehr üblem Rufe stehe und wegen ihres schlechten Beispiels schon öfters zu Klage Anlaß gegeben habe, und daß sie überhaupt keine Ausweisschriften eingelegt und somit schon aus diesem Grunde zu keinem Aufenthalt berechtigt sei. Als der Gemeinderat der Heimatgemeinde Menznau von dem Ausweisungsbeschluß Kenntnis erhalten hatte, sandte er unterm

12. November 1896 an denjenigen von Schenkon einen Heimatschein für die Marie Schildknecht, der aber nicht angenommen wurde. Mit Eingabe vom 20. November 1896 beschwerte sich hierauf der Gemeindeschreiber von Menznau beim Regierungsrate des Kantons Luzern gegen den Ausweisungsbeschluß des Gemeinderates von Schenkon, weil gegenüber der Marie Schildknecht keiner der Gründe vorliege, wegen deren nach Art. 45 B.-V. der Entzug der Niederlassung gestattet sei; insbesondere sei dieselbe bis jetzt der öffentlichen Wohlthätigkeit nicht dauernd zur Last gefallen und sei auch die Heimatgemeinde nicht in den Fall gekommen, eine nachgesuchte Unterstützung zu verweigern; für die Kosten der außerehelichen Niederkunft habe das Weisenamt Menznau im Gegenteil zum Voraus unterm 12. November 1896 Gutsprache erteilt. Was dann die Nichteinlage der Ausweisschriften betreffe, so hätte nach § 16 des luzernischen Gesetzes über das luzernische Niederlassungswesen der Ausweisung eine Aufforderung zur Ordnung des Wohnsitzes innert 8 Tagen vorangehen müssen. In seiner Vernehmlassung brachte der Gemeinderat von Schenkon an, daß die Marie Schildknecht und ihre Mutter laut Zeugnis des dortigen Waisenamtes im Winter 1894 gemäß § 23 des Armengesetzes vom 21. November 1889 von der Gemeinde unterstützt worden seien; ferner wurde auf ein Zeugnis des Waisenamtes Gunzwyl verwiesen, wonach Tochter und Mutter Schildknecht noch im Jahre 1895/1896 dort mit einem Betrage von 12 Fr. 20 Cts. unterstützt worden sind; überdies wurde behauptet, daß die beiden Schildknecht sich in den sie unterstützenden Gemeinden auch noch mit Betteln abgäben; dem allem gegenüber biete die Gutsprache des Waisenamtes Menznau für die Kosten der bevorstehenden außerehelichen Niederkunft keine Gewähr dafür, daß die Marie Schildknecht nicht dauernd der Wohnsitzgemeinde zur Last fallen werde. Auch werde daran festgehalten, daß die Mutter und Tochter Schildknecht einen schlechten Leumund genießen: sie hätten, so lange sie in Schenkon bekannt seien, wesentlich von Unsittlichkeit, Bettel und Unterstützungen gelebt; über den Leumund der Mutter Schildknecht gebe auch ein Zeugnis der Gemeinderatskanzlei von Eich, wo sie sich mit ihrer Tochter von Mitte März 1884 bis im Sommer 1887 aufgehalten habe, Aufschluß; danach wäre dieselbe, weil sie mit einem

gewissen Brotschi im Konkubinat gelebt habe, mit diesem letztern und ihrer Tochter aus der Gemeinde Eich ausgewiesen worden. Wenn endlich der Ausweisung nicht eine Aufforderung zur Ordnung des Wohnsitzes vorausgegangen sei, so finde dies seinen Grund darin, daß sich die Schildknecht in ein abgelegenes Haus zurückgezogen und sich während 1 ½ Monaten in der Gemeinde aufgehalten hätten, ohne daß von dem Wohnungswechsel der Gemeindebehörde etwas bekannt geworden sei; nach der Ausweisungsverfügung aber hätten die Ausweisschriften der Marie Schildknecht nicht mehr angenommen zu werden brauchen. Durch Schlußnahme vom 28. Dezember 1896 wies der Regierungsrat des Kantons Luzern die Beschwerde ab, in Erwägung: „1. Daß „nach § 16 des Niederlassungsgesetzes derjenige, welcher der Auf„forderung zur Ordnung des Wohnsitzes nicht innert 8 Tagen „Folge leistet, aus der Gemeinde weggewiesen werden kann; „2. Daß Rekurrentin keine förmlichen Ausweisschriften deponiert „hat."

B. Gegen diesen Entscheid hat Namens der Marie Schildknecht M. Wandeler, Gemeindeschreiber in Menznau, rechtzeitig den Rekurs an das Bundesgericht ergriffen, weil durch denselben Art. 45 B.-V. verletzt sei. Der Antrag geht dahin, es seien der angefochtene Entscheid, sowie der Ausweisungsbeschluß des Gemeinderates von Schenkon vom 5. November 1896 aufzuheben und letzterer zu verhalten, die Ausweisschriften der Marie Schildknecht anzunehmen und ihr freie Niederlassung in Schenkon zu gewähren. In seiner Rückäußerung bemerkte der Regierungsrat des Kantons Luzern, daß er keine Gegenbemerkungen zu machen habe.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Obschon in der Beschwerde an den luzernischen Regierungsrat Gemeindeschreiber Wandeler nicht als Vertreter der Marie Schildknecht auftrat, darf doch angenommen werden, daß er damit auch deren Rechte wahren wollte, wie denn im regierungsrätlichen Entscheide selbst letztere als „Rekurrentin" bezeichnet ist. Es erscheint somit der heute zu beurteilende Rekurs der Marie Schildknecht, auch soweit er sich gegen den Ausweisungsbeschluß des Gemeinderates von Schenkon vom 5. November 1896 richtet, nicht als verspätet.

2. Bei der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit dieses Beschlusses fragt es sich zunächst, ob man es mit einer Verweigerung oder mit einem Entzug der Niederlassung im Sinne des Art. 45 B.-V. zu thun habe. Nun kann von einem Entzug der Niederlassung im Sinne dieser Verfassungsbestimmung doch nur gesprochen werden, wenn dieselbe zuvor behördlich gestattet worden ist. Vorliegend hat sich aber der Gemeinderat von Schenkon mit der Frage, ob der Rekurrentin die Niederlassung zu bewilligen sei, seinem Ausweisungsbeschluß vorgängig nicht befaßt. Es enthält daher dieser in Wirklichkeit den Ausspruch, daß ihr dieselbe verweigert werde, und es ist die Verfassungsmäßigkeit des Ausweisungsbeschlusses und des denselben schützenden regierungsrätlichen Entscheides nach den hierüber bestehenden Verfassungsgrundsätzen zu prüfen.

3. Daß die Rekurrentin infolge eines strafgerichtlichen Urteils nicht im Besitze der bürgerlichen Rechte und Ehren sei (Art. 45 Al. 2 B.-V.), hat der Gemeinderat von Schenkon selbst nicht behauptet. Desgleichen fehlen die thatsächlichen Voraussetzungen, unter denen gemäß Art. 45 Al. 4 B.-V. in Kantonen, wo die örtliche Armenpflege besteht, die Niederlassung verweigert worden sei. Angenommen auch, es bestehe im Kanton Luzern örtliche Armenpflege im Sinne dieser Verfassungsbestimmung, so erhellt doch erstlich aus den Akten nicht, daß die luzernische Gesetzgebung die Gestattung der Niederlassung wirklich von den in diesem Falle verfassungsmäßig zulässigen Bedingungen abhängig mache, daß der Bewerber arbeitsfähig und an seinem bisherigen Wohnort nicht bereits in dauernder Weise der öffentlichen Wohlthätigkeit zur Last gefallen sei. Sodann aber mangelt es dafür, daß die Rekurrentin diese Bedingungen nicht erfülle, an jeglichem Beweis. Daß dieselbe nicht arbeitsfähig sei, ist nicht einmal geltend gemacht worden; und eine dauernde Inanspruchnahme der öffentlichen Wohlthätigkeit weisen die Zeugnisse der Waisenämter von Schenkon und Gunzwyl nicht aus.

4. Als weitere Voraussetzung zur Gestattung der Niederlassung muß nun aber allerdings ferner nach Art. 45 Abs. 1 B.-V. der Besitz eines Heimatscheines oder einer andern gleichbedeutenden Ausweisschrift betrachtet werden. Und nun ist richtig, daß sich

die Rekurrentin, als sie aus Schenkon ausgewiesen wurde, nicht im Besitze einer derartigen Legitimation befand. Nun muß aber nach dem luzernischen Niederlassungsgesetz (§ 16) einer Person, die sich in einer Gemeinde niederlassen will, zu Ordnung ihres Wohnsitzes eine Frist von 8 Tagen gesetzt werden, bevor sie wegen dieses Mangels aus einer Gemeinde ausgewiesen werden darf. Diese Bestimmung ist verfassungsmäßig durchaus zulässig. Ueber dieselbe aber haben sich der Gemeiderat von Schenkon und der luzernische Regierungsrat in willkürlicher Weise hinweggesetzt, indem ersterer die Ausweisungsverfügung traf, ohne der Rekurrentin die achttägige Frist zur Ordnung ihres Wohnsitzes eingeräumt zu haben und indem letzterer nicht die gebotene Remedur eintreten ließ. Es mußte doch, nachdem die in § 16 des Niederlassungsgesetzes vorgeschriebene Aufforderung zur Schrifteneinlage unterlassen worden war, der Rekurrentin gestattet werden, innert 8 Tagen nach Mitteilung des Ausweisungsbeschlusses ihren Wohnsitz durch Einlage eines Heimatscheines zu ordnen. Sie hat dies denn auch innert Frist versucht; der Heimatschein wurde jedoch von der Gemeindebehörde von Schenkon zurückgewiesen. Daraus konnte aber der Rekurrentin ein Nachteil nicht erwachsen, und es geht, da sie, was an ihr lag, gethan hat, nicht an, zu erklären, daß der Ausweisungsbeschluß dadurch in Kraft erwachsen sei, daß sie innert 8 Tagen keine förmlichen Ausweisschriften deponiert habe. Unter allen Umständen müßte in der Einsendung des Heimatscheines ein erneuertes Gesuch um Gestattung der Niederlassung erblickt werden, welche zu verweigern jetzt jedenfalls ein verfassungsmäßiger Grund nicht mehr vorlag.

Aus diesen Gründen hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird begründet erklärt. Demgemäß werden die Beschlüsse des Regierungsrates des Kantons Luzern vom 28. Dezember und des Gemeinderates von Schenkon vom 5. November 1896 aufgehoben. Überdies wird der Gemeinderat von Schenkon verhalten, die Ausweisschriften der Rekurrentin anzunehmen und derselben Niederlassung in der Gemeinde Schenkon zu gewähren.

III. Glaubens- und Gewissensfreiheit.
Liberté de conscience et de croyance.

6. Urteil vom 3. Februar 1897 in Sachen Störi.

A. Am 18. August 1896 gab das Waisenamt Glarus-Riedern dem Bäcker Samuel Bräm, als Vormund der noch nicht 16jährigen Tochter des verstorbenen Heinrich Störi, die Weisung, das Mädchen, das nach dem Tode des Vaters im Einverständnisse mit seiner Mutter und seinem Vormunde den Austritt aus der evangelischen Landeskirche erklärt hatte, und zur evangelischen Gemeinschaft übergetreten war, wieder dem Religionsunterricht der evangelischen Landeskirche zuzuführen. Gegen diese Weisung erhob der Vormund der Anna Störi Beschwerde beim Regierungsrate des Kantons Glarus unter Berufung auf Art. 49, Ziff. 3, der Bundesverfassung. Durch Schlußnahme vom 1. Oktober 1896 wies jedoch der Regierungsrat die Beschwerde ab, weil die Verfügung über die religiöse Erziehung eines noch nicht 16 Jahre alten Kindes nach Art. 49, Ziff. 3, der Bundesverfassung dem Inhaber der väterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt zukomme, und weil nach glarnerischem Vormundschaftsrechte (§ 196 des bürgerlichen Gesetzbuches) die Obervormundschaft in erster Instanz von dem Waisenamte der politischen Gemeinde, in der der Bevogtete seinen Wohnsitz hat, in zweiter Instanz von der Armen- und Vormundschaftsdirektion resp. vom Regierungsrat ausgeübt werde, welche Befugnisse auch die Obsorge für die Person des Mündels in sich schließe. Danach stehe also die Leitung des Vormundschaftswesens den Vormundschaftsbehörden zu, und der Vogt sei ihr vollziehendes Organ. Dieser habe für die geistige und körperliche Wohlfahrt des Vögtlings nach Kräften zu sorgen, insbesondere sei er den Minderjährigen gegenüber verpflichtet, für die gute Erziehung, für religiöse und sittliche Entwickelung und für eine der Fähigkeit, dem Vermögen und den sonstigen Verhältnissen angemessene Berufsbildung wie ein Vater zu sorgen (§ 190 leg. cit.), wobei er, wie in allen

andern das Vormundschaftswesen beschlagenden Fragen, die Anleitungen der Vormundschaftsbehörden zu befolgen habe, während anderseits die Beaufsichtigung der Vögte in allen ihren Verrichtungen, Erteilung von Weisungen und Aufträgen an dieselben und die Überwachung des Vollzugs dem Waisenamt speziell zur Pflicht gemacht sei (§ 189 litt. b und e ibidem). Daraus, wie auch aus der Bestimmung in Art. 13 des Bundesgesetzes über die civilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen ergebe sich, daß nicht der Vormund allein als Inhaber der vormundschaftlichen Gewalt zu betrachten sei; das Waisenamt Glarus-Riedern sei deshalb zur Erteilung der angefochtenen Weisung kompetent gewesen und es sei diese zu schützen.

B. Mit Eingabe vom 12., der Post übergeben den 18. November 1896, rekurrierten gegen diesen Bescheid die Mutter der Anna Störi und ihr Vormund, Bäcker Bräm, an das Bundesgericht. Unter Verweisung auf einen Artikel in der Glarner Zeitung vom 9. Oktober 1896 und unter Berufung auf die in der Bundesverfassung enthaltene Garantie der Glaubensfreiheit beantragen sie, es sei der angefochtene Beschluß aufzuheben und das Kind Störi bei seinem Übertritt zur evangelischen Gemeinschaft zu schützen. In thatsächlicher Beziehung wird bemerkt, daß sowohl die Mutter als der verstorbene Vater der Anna Störi während vieler Jahre der evangelischen Gemeinschaft angehört hätten und daß letzterer auch nach dem Ritus dieser Gesellschaft beerdigt worden sei, obschon derselbe es unterlassen habe, ausdrücklich seinen Austritt aus der evangelischen Landeskirche zu erklären. In rechtlicher Beziehung sodann wird (in dem erwähnten Zeitungsartikel) hervorgehoben, daß Art. 13 des Bundesgesetzes über die civilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen nur interkantonale Fälle betreffe, daß dem Waisenamt bloß ein Aufsichtsrecht über die Amtsführung des Vormundes zustehe (§ 196 des bürgerlichen Gesetzbuches), woraus folge, daß dasselbe nur dann befugt sei, Rechtshandlungen des Vormundes die Genehmigung zu versagen oder ihm Weisungen zu erteilen, wenn er durch seine Handlungsweise die ökonomischen oder sittlichen Interessen des Mündels gefährde oder vernachlässige, was im vorliegenden Falle zweifellos nicht zutreffe, und daß durch § 161 des bürgerlichen Gesetzbuches das Recht

der Erziehung der Kinder, somit auch das Recht der Verfügung über ihre religiöse Erziehung der Mutter zuerkannt sei. Der Regierungsrat erwidert in thatsächlicher Beziehung, daß der Vater der Anna Störi bis zu seinem Tode Mitglied der Glarner Landeskirche gewesen sei und das Kind während dessen Lebzeiten auch den Religionsunterricht dieser Kirche besucht habe. Den rechtlichen Erörterungen der Rekurrenten hält der Regierungsrat entgegen: Wenn im angefochtenen Entscheide Art. 13 des Bundesgesetzes über die civilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen angerufen worden sei, so sei dies lediglich zu dem Zwecke geschehen, um darzutun, daß auch nach der Bundesgesetzgebung im Streitfalle nicht dem Vormunde, sondern der Vormundschaftsbehörde der endgültige Entscheid über die religiöse Erziehung eines Kindes zustehe. Unrichtig sodann sei es, daß den Vormundschaftsbehörden nur ein beschränktes Aufsichtsrecht zustehe. Ebenso sei die Berufung auf § 161 des bürgerlichen Gesetzbuches unzutreffend, da die Verfügung über die religiöse Erziehung durch Art. 49, Ziff. 3 B.-V. eben nicht der Mutter, sondern dem Inhaber der väterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt zugewiesen sei. Deshalb sei der Rekurs abzuweisen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der in Art. 49, Abs. 1 der Bundesverfassung aufgestellte Grundsatz der Glaubens- und Gewissensfreiheit hat bezüglich der religiösen Erziehung der Kinder in der Verfassung selbst eine positiv-rechtliche Ausgestaltung erfahren dahin, daß die Verfügung hierüber bis zum erfüllten 16. Altersjahr der Kinder dem Inhaber der väterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt zusteht (Absatz 3 des erwähnten Artikels). Danach ist einmal jede andere Person oder Behörde von der Bestimmung über die religiöse Erziehung der Kinder bis zum Alter der Selbständigkeit ausgeschlossen. Ferner folgt daraus, daß dieser Zweig persönlicher Obsorge nicht von der Gesammtheit der Rechte und Pflichten, aus denen die (persönliche) väterliche oder vormundschaftliche Gewalt über die Kinder besteht, losgelöst und in andere Hände gelegt werden darf. Daß die in Frage stehende Verfassungsbestimmung so auszulegen ist, daß die religiöse Erziehung der Kinder von einem Willen abhängig sein solle, und zwar von dem Willen

desjenigen, der im allgemeinen die persönliche Gewalt über dieselben ausübt, wird dadurch bestätigt, daß ein bei der Beratung der Bundesverfassung im Ständerat gestellter Antrag auf Ersetzung des Wortes „väterlicher" durch elterliche Gewalt nicht angenommen wurde (vergl. Protokoll, S. 379).

2. Danach ist aber der Mutter als Mitinhaberin der elterlichen Gewalt unter allen Umständen ein bestimmender Einfluß auf die Frage der religiösen Erziehung der Kinder verwehrt, und könnte ein solches Recht derselben höchstens dann Platz greifen, wenn sie als Inhaberin der väterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt sich darstellte. Ob letzteres zutreffe, bestimmt sich jedoch nach kantonalem Rechte, und es ist das Bundesgericht an den daherigen Entscheid einer kantonalen Behörde gebunden, sofern nicht etwa dadurch selbst wieder ein verfassungsmäßiges Recht eines Bürgers verletzt wird. Wenn nun der Regierungsrat von Glarus ausgesprochen hat, daß die Rechte und Pflichten des Vaters gegenüber den Kindern nicht auf die Mutter, sondern auf den bestellten Vormund übergegangen seien, so kann hierin eine Verfassungsverletzung nicht erblickt werden. Diesbezüglich wird bloß geltend gemacht, daß das glarnerische Recht, speziell § 161 des bürgerlichen Gesetzbuches, unrichtig angewendet worden sei. Allein dies könnte zu einer Aufhebung des angefochtenen Entscheides doch nur dann führen, wenn der Regierungsrat in willkürlicher, dem Grundsatz der Gleichheit der Bürger vor dem Gesetze mißachtender Weise über klares Recht hinweggegangen wäre, was nicht gesagt werden kann. Wohl erklärt der angeführte § 161, daß, wenn der Vater verstorben ist, die Mutter zunächst zur Erziehung der Kinder berechtigt und verpflichtet sei. Unmittelbar daran schließt sich jedoch die weitere Bestimmung, daß sie dabei durch den den Kindern bestellten Vormund unterstützt werde. Die Mutter tritt danach nicht oder doch nicht ausschließlich in die Rechte und Pflichten des Vaters gegenüber den Kindern ein, sondern es wird über diese zudem ein besonderer Vormund bestellt, dem nach § 190 die Sorge für die geistige und körperliche Wohlfahrt des Vögtlings übertragen und überdies die besondere Verpflichtung auferlegt ist, für die gute Erziehung, sowie für religiöse und sittliche Entwicklung des Vögtlings wie ein Vater zu sorgen. Wenn daraus

der Regierungsrat geschlossen hat, daß im allgemeinen und damit auch in der in Frage stehenden Richtung nicht die Mutter, sondern der Vormund an die Stelle des Vaters getreten sei, so liegt hierin eine willkürliche Gesetzesauslegung nicht; vielmehr entspricht der Entscheid vollständig dem Sinne des Art. 49, Ziff. 3 der Bundesverfassung. Dann muß aber der Rekurs der Wittwe Störi schon deshalb abgewiesen werden, weil ihr die Legitimation zur Beschwerde wegen Verletzung des Art. 49, Ziffer 3 der Bundesverfassung abgeht. Durch diese Bestimmung werden nur die Rechte des Inhabers der väterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt gewährleistet. Kommt der Wittwe Störi diese Eigenschaft nicht zu, so kann sie sich auf Art. 49, Ziff. 3 der Bundesverfassung nicht berufen.

3. Was den Rekurs des Vormundes der Anna Störi betrifft, so hängt dessen Schicksal wiederum einzig von der Auslegung kantonalen Rechtes ab. Hienach nämlich bestimmt es sich, ob der Vormund als solcher oder ob eine demselben übergeordnete Behörde Inhaber der vormundschaftlichen Gewalt sei. Auch hier aber enthält die Lösung, welche der Regierungsrat des Kantons Glarus der Frage hat angedeihen lassen, eine verfassungsmäßig anfechtbare Rechtsverweigerung zu Ungunsten des Rekurrenten nicht. Denn in der That steht die Ordnung der Vormundschaftspflege im kantonalen Civilgesetzbuch der Auffassung keineswegs entgegen, daß der Vormund nicht der Träger der vormundschaftlichen Gewalt, sondern bloß das an die Weisungen der bestellten Vormundschaftsbehörde gebundene Organ dieser letztern sei (vergl. insbesondere § 198 litt. b leg. cit.). Dann steht aber auch dem Vormunde ein selbständiges Rekursrecht wegen Verletzung des Art. 49, Abs. 3 der Bundesverfassung nicht zu und muß auch dessen Rekurs als unbegründet verworfen werden.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird als unbegründet abgewiesen.

IV. Gerichtsstand. — Du for.

1. Verfassungsmässiger Gerichtsstand. — For naturel.

7. Urteil vom 3. Februar 1897 in Sachen Fecht.

Julius Fecht ist im Juni 1896 durch das Bezirksgericht Baden, weil er, ohne im Besitz einer taxpflichtigen Ausweiskarte zu sein, Weinlieferungsbestellungen aufgenommen hatte, gestützt auf das Bundesgesetz betreffend die Patenttaxen der Handelsreisenden vom 24. Juni 1892, zu einer Buße und den Kosten verfällt worden. Gemäß Verfügung der kantonalen Polizeidirektion wurde sodann Fecht unter Berufung darauf, daß er nach dem Thatbestande des angeführten Strafurteils zur Lösung einer taxpflichtigen Ausweiskarte verpflichtet sei, aufgefordert, für das Jahr 1896, II. Semester, eine derartige Karte zu lösen. Eine Beschwerde gegen diese Verfügung wurde vom Regierungsrate des Kantons Aargau mit Schlußnahme vom 4. Dezember 1896 abgewiesen. Hiegegen erhob Fecht rechtzeitig den staatsrechtlichen Rekurs beim Bundesgericht: Das Bundesgesetz vom 24. Juni 1892 kenne eine solche Folge der Übertretung, wie sie hier in Anwendung gebracht werden wolle, nicht. Diese qualifiziere sich als weitere Bestrafung des Rekurrenten und widerspreche dem Grundsatz nulla poena sine lege. Auch hätte eine Bestrafung nur durch den Richter vorgenommen werden können. Eventuell werde geltend gemacht, daß Art. 39 der aargauischen Kantonsverfassung dem Regierungsrat nirgends die Befugnis zuweise, die er sich in dem angefochtenen Beschlusse anmaße. Durch diesen werde auch Art. 3 der Kantonsverfassung verletzt. Deshalb sei derselbe aufzuheben. In der Vernehmlassung wird zunächst geltend gemacht, daß das Bundesgericht zur Beurteilung des Rekurses nicht kompetent sei, da sich letzterer gegen die Auslegung und Handhabung eines Bundesgesetzes richte (Art. 178, Ziff. 1 und Art. 182 O.-G.); im übrigen wird den Ausführungen des Rekurrenten namentlich insofern entgegengetreten, als es sich nicht

um eine Strafe sondern um die, den Administrativbehörden zustehende Einforderung der Taxe für die Ausweiskarte handle, zu deren Lösung der Rekurrent nach den einschlägigen Vorschriften verpflichtet sei.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Soweit der Rekurrent behauptet, daß er seinem verfassungsmäßigen Richter entzogen worden sei, ist die Kompetenz des Bundesgerichtes gegeben. Dagegen steht es allerdings diesem nicht zu, zu untersuchen, ob, abgesehen hievon, durch den angefochtenen Beschluß das Bundesgesetz über die Patenttaxen der Handelsreisenden unrichtig angewendet worden sei. Dieses Gesetz wurde erlassen in Ausführung des Art. 31 der Bundesverfassung, und wenn schon Beschwerden wegen Verletzungen dieser Verfassungsbestimmung als Administrativstreitigkeiten den politischen Behörden zugewiesen sind, so gilt dies um so mehr für Beschwerden wegen unrichtiger Anwendung eines in Ausführung jener Verfassungsbestimmung erlassenen Bundesgesetzes (vergl. Art. 189, Ziff. 3 u. Al. 2 O.-G.).

2. Soweit vom Bundesgericht auf den Rekurs einzutreten ist, erscheint derselbe völlig unbegründet. Abgesehen davon, daß durch Art. 58 B.-V. nicht die kantonalrechtlichen Bestimmungen über die Kompetenzzuscheidung unter die Garantie der Verfassung gestellt, sondern lediglich den Bürgern dagegen Schutz gewährt wird, daß sie nicht von einem Ausnahmegericht beurteilt werden, handelt es sich zur Zeit lediglich um einen Akt der Verwaltung, den Ausspruch nämlich, daß der Rekurrent für das II. Semester 1896 eine taxpflichtige Ausweiskarte zu lösen habe. Hiezu aber war der Regierungsrat, kraft seiner Verwaltungs- und Vollziehungsgewalt, jedenfalls kompetent.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Auf den Rekurs wird nicht eingetreten, soweit darin eine Verletzung des Bundesgesetzes betreffend die Patenttaxen der Handelsreisenden behauptet wird. Im übrigen wird derselbe abgewiesen.

2. Gerichtsstand des Wohnortes. — For du domicile.

8. Urteil vom 25. März 1897 in Sachen Stieffenhofer.

A. In einer Betreibungssache des Polizeiwachtmeisters H. Stieffenhofer in Luzern gegen Frau Eisenring in Zürich sind durch das Betreibungsamt Stans für die Forderung des Gläubigers zwei angeblich der Schuldnerin gehörende, im Gewahrsam des Fürsprechers Lussi in Stans befindliche Gülten von 2000 und 1000 Fr. auf Hotel und Pension Seehof in Gersau, zunächst am 11. Juni 1895 mit Arrest belegt und hierauf am 6. Juli gl. J. gepfändet worden. Fürsprech Lussi behauptete, die beiden Gülten an Stelle des Ludwig Krauß in Augsburg zu besitzen, und Namens des letztern focht er die Gültigkeit der Pfändung auf dem Beschwerdewege an. Durch oberinstanzlichen Entscheid vom 11. Februar 1896 wurde diese jedoch aufrecht erhalten, unter Vorbehalt des noch zu erledigenden Anspruches des L. Krauß auf die Pfändungsgegenstände, bezüglich dessen nach Art. 109 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vorzugehen sei. Es wurde nun demgemäß vom Betreibungsamt Stans dem H. Stieffenhofer eine Frist von 10 Tagen zu Anhebung gerichtlicher Klage gegen Ludwig Krauß gesetzt. Innert dieser reichte Stieffenhofer beim Kantonsgerichte Nidwalden gegen Ludwig Krauß eine Klage ein mit den Begehren: „1. Es sei „dem Beklagten Krauß das Eigentum an den zwei im Gewahrsam „des Herrn Lussi befindlichen Gülten ab „Seehof" in Gersau, „auf welche der Kläger am 11. Juni 1895 Arrest genommen, „abzuerkennen. 2. Es sei Frau Eisenring-Stieffenhofer als Eigen„tümerin dieser Gülten zu erklären. 3. Unter Kostenfolge." Der Beklagte bestritt die Kompetenz der nidwaldenschen Gerichte mit der Behauptung, es handle sich um eine Vindikationsklage, die am Wohnsitze des Beklagten in Augsburg angebracht werden müsse. Mit Urteil vom 23. Dezember 1896 schützte das Kantonsgericht die forideklinatorische Einrede des Beklagten, indem es ausführte: Die Klage sei rein persönlicher Natur; sie sei ge-

richtet gegen den Eigentümer resp. Besitzer einer mobilen Sache und daher am Wohnsitze des Beklagten anzubringen. Nach dem Staatsvertrag mit Deutschland seien die Deutschen in jedem Kanton der Eidgenossenschaft in Bezug auf Person und Eigentum auf dem nämlichen Fuße und auf die nämliche Weise aufzunehmen und zu behandeln, wie die Angehörigen der andern Kantone. Beklagter berufe sich daher mit Recht auf Art. 59 B.-V. Und durch Entscheid vom 23. Januar 1897 hat das Obergericht des Kantons Nidwalden die vom Kläger gegen das erstinstanzliche Urteil erklärte Appellation, unter Billigung der demselben beigegebenen Erwägungsgründe, abgewiesen.

B. Gegen diesen Entscheid hat Namens des H. Stieffenhofer Fürsprech Dr. Gelpke in Luzern den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht ergriffen. Es handle sich um eine Eigentumsklage, für die es ein anderes Forum, als das der nidwaldnerischen Gerichte überhaupt nicht gebe. Diese seien nach den Bestimmungen des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs nach gemeinem Prozeßrechte und nach den Vorschriften des Civilrechtsverfahrens des Kantons Nidwalden (II. Titel, § 11, Absatz 3; § 13 und 15) einzig kompetent und verpflichtet, die Klage des Rekurrenten anzunehmen. Weder die Bundesverfassung, noch der Staatsvertrag mit Deutschland schreibe etwas anderes vor. Die Ablehnung der Kompetenz enthalte somit eine Rechtsverweigerung der schwersten Art. Demgemäß wird beantragt: Die angefochtene Erkenntnis des Obergerichtes Nidwalden sei aufzuheben und die Gerichte des Kantons Nidwalden seien als in dieser Sache zuständig und verpflichtet zu erklären, die Streitsache an die Hand zu nehmen, die in diesem Sinne zur Verhandlung an die Gerichte Nidwaldens zurückzuweisen sei.

C. Namens des Rekursgegners Ludwig Krauß schließt Fürsprech Lussi in Stans in einer Vernehmlassung vom 13. März 1897 auf Abweisung des Rekurses: Die für die Natur des eingeklagten Anspruches maßgebenden Klagsbegehren gingen darauf, daß der Inhaber der fraglichen Gülten, als welcher der Rekursbeklagte Krauß zu betrachten sei, die Titel herausgebe. Diese Klage sei nun eine rein persönliche, die nach Art. 59 B.-V. beim Richter des Wohnortes des Schuldners angebracht werden müsse.

Daran ändere die Pfändung der streitigen Objekte nichts, da dieselbe bloß die Sicherstellung der Forderung bezw. der vindizierten Gegenstände bis zum gerichtlichen Austrage des Forderungsstreites bezwecke. Die nach Art. 109 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom Gläubiger anzuhebende Klage müsse sich immer gegen den Eigentümer der streitigen Sache richten. Es unterliege daher keinem Zweifel, daß ein in der Schweiz wohnender aufrechtstehender Inhaber mobiler Sachen mit einer Klage auf Aushingabe derselben vor dem natürlichen Richter seines Wohnortes belangt werden müsse. Und da nach dem Staatsvertrag mit Deutschland die Deutschen gleich zu behandeln seien, wie die Schweizer, so müsse auch der aufrechtstehende Bürger des deutschen Reiches für derartige Ansprachen vor dem Richter seines Wohnortes belangt werden. Die Natur der schwyzerischen Gült betreffend, wird in der Vernehmlassung bemerkt, es sei dieselbe im Besitz des jeweiligen Eigentümers ein selbständiges Vermögensobjekt, das in freiem Verkaufe von Hand zu Hand gehe und dessen Besitzeswechsel in keinem Protokolle vorgemerkt werden müsse.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Gerichte des Kantons Nidwalden begründen die Ablehnung ihrer Kompetenz zur Anhandnahme der vom Rekurrenten gegen L. Krauß bei ihnen eingereichten Klage damit, daß man es mit einer persönlichen Ansprache zu thun habe, für die der Beklagte nach Art. 59 B.-V., in Verbindung mit dem Staatsvertrag mit Deutschland — worunter wohl der deutsch-schweizerische Niederlassungsvertrag vom 31. Mai 1890 zu verstehen ist — an seinem Wohnsitze belangt werden müsse. Diese Begründung ist in doppelter Richtung eine verfehlte: Erstlich nämlich bezieht sich nach konstanter Praxis des Bundesgerichtes die in Art. 59 Al. 1 B.-V. ausgesprochene Garantie des Gerichtsstandes des Wohnsitzes nur auf persönliche Ansprachen, erstreckt sich dagegen nicht auch auf Klagen dinglicher Natur. Mit einem Anspruche letzterer Art aber hat man es vorliegend nach den Klagsbegehren, die, wie der Rekursbeklagte richtig bemerkt, für die Bestimmung der Natur der Klage maßgebend sind, zweifellos zu thun. Diese geht auf Anerkennung des Eigentums an den zwei im Gewahr-

sam des Fürsprechers Lussi befindlichen Gülten, die für den Kläger mit Arrest belegt und gepfändet worden sind, und die derselbe zwar nicht als sein, sondern als Eigentum seiner Schuldnerin, Frau Eisenring, anspricht. Es handelt sich also um eine Vindikation, die der pfändende Gläubiger nach positiver gesetzlicher Anordnung statt des Schuldners anzustellen legitimiert ist. Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, daß die rechtliche Natur des Streitgegenstandes die Anhebung einer dinglichen Klage ausschließe. Der Rekursbeklagte und die Gerichte von Nidwalden gehen selbst davon aus, daß die streitigen Gülten Mobilien seien, die, wie der erstere ausführt, im Besitze des jeweiligen Eigentümers ein selbständiges Vermögensobjekt bilden und in freiem Verkaufe von Hand zu Hand gehen. Es sind dieselben denn wohl auch in der That nach dem maßgebenden schwyzerischen Rechte nicht bloß als Beweismittel über eine Forderung, oder als Legitimationsurkunden, sondern als eigentliche Wertpapiere, als Träger der durch sie verurkundeten Vermögensrechte zu betrachten (vergl. Huber, Schweiz. Privatrecht, Bd. III, S. 556 ff. und Planta, Deutsch-schweizerische Hypothekarrechte, S. 173 ff.). Aber noch aus einem zweiten Grunde ist der Standpunkt des Rekursbeklagten und der Nidwaldner Gerichte ein unhaltbarer: Art. 59, Al. 1 B.-V. hat selbstverständlich nur Geltung für das Gebiet der Eidgenossenschaft und regelt in keiner Weise internationale Gerichtsstandsverhältnisse. Vielmehr gewährt er seinen Schutz expressis verbis nur Schuldnern, die in der Schweiz einen festen Wohnsitz haben. Auf den in Augsburg wohnenden Rekursbeklagten Krauß kann derselbe daher keinerlei Anwendung finden (vgl. z. B. Amtl. Samml. der bundesger. Entsch., Bd. VII, S. 760 Erw. 2 a; Bd. XVIII, S. 68 Erw. 2). Und wenn in Art. 1 des deutsch-schweizerischen Niederlassungsvertrages vom 31. Mai 1890 den Deutschen in den Kantonen der schweizerischen Eidgenossenschaft die gleiche Behandlung zugesichert ist, wie den Angehörigen anderer Kantone, so ist auch diese Bestimmung dem Rekursbeklagten in keiner Weise behülflich. Denn erstlich wurden durch den Vertrag nur die Bedingungen zur Niederlassung der Angehörigen des einen Vertragsstaates im Gebiete des andern geregelt, keineswegs aber enthält derselbe in

das nationale Recht eingreifende Vereinbarungen über den Gerichtsstand; und sodann könnte von einer Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung auch deshalb nicht gesprochen werden, weil sich auf Art. 59 B.-V. auch ein im Auslande wohnender Schweizer nicht berufen kann (vgl. hiezu Amtl. Samml., Bd. IV, S. 629). Erweisen sich aber sonach die Gründe, aus denen die Gerichte von Nidwalden dem Rekursbeklagten seine Kompetenzeinrede zugesprochen haben, als völlig haltlos, so liegt in diesem Verhalten eine unzulässige Rechtsverweigerung zu Ungunsten des Rekurrenten. Dieser hat verfassungsmäßig das Recht auf richterliches Gehör, das dann immer verletzt ist, wenn die Anhandnahme einer Klage aus unzulänglichen Gründen von dem Gerichte, in dessen Geschäftskreis die Behandlung fiele, abgelehnt wird (vgl. Amtl. Samml., Bd. IV, S. 510 Erw. 2). Es muß deshalb der Rekurs gutgeheißen und das angefochtene Urteil des Obergerichtes des Kantons Nidwalden aufgehoben werden.

2. Ob nach Mitgabe der wirklich zutreffenden Gerichtstandsnormen die Kompetenz der Nidwaldner Gerichte hätte angefochten und abgelehnt werden können, ist damit nicht entschieden. Immerhin mag beigefügt werden, daß die Frage kaum bejaht werden könnte, indem in Stans als Arrest- und Betreibungsort nach eidgenössischem Rechte, wie als Ort der gelegenen Sache nach kantonalem Rechte (§§ 11 ff. des Civilrechtsverfahrens) der Gerichtsstand für die fragliche Klage begründet erscheint.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird begründet erklärt. Demgemäß wird das angefochtene Erkenntnis des Obergerichtes von Nidwalden aufgehoben und die Sache zu weiterer Behandlung an die nidwaldenschen Gerichte zurückgewiesen.

9. Urteil vom 31. März 1897 in Sachen Disteli.

A. A. Disteli-Brun war in den Jahren 1889—1891 Mitglied des Verwaltungsrates der Eidgenössischen Bank, die damals in Bern ihren Sitz hatte. In der genannten Eigenschaft hatte er statutengemäß 20 Aktien zu deponieren, und es befinden sich diese 20 Stücke noch gegenwärtig im Gewahrsam der Bank, die seither ihren Sitz nach Zürich verlegt hat. Disteli-Brun hatte bis im Jahre 1895 seinen Wohnsitz in Luzern, seit 1896 wohnt er in Neuenburg.

B. Mit Zahlungsbefehl vom 23. April 1895 ließ die Eidgenössische Bank den Disteli-Brun durch das Betreibungsamt Zürich für eine auf Rückerstattung unrechtmäßig bezogener Tantiemen pro 1890 und Ersatz für erlittene Verluste gerichtete Forderung im Betrage von 3,821,876 Fr. 05 Cts. nebst Zinsen auf Pfandverwertung betreiben. Als Pfandgegenstand wurden bezeichnet die in Handen der Gläubigerin liegenden 20 Pflichtaktien des Schuldners. Letzterer schlug Recht vor, woraufhin am 2. Juni 1895 vor Friedensrichteramt Zürich ein Sühneversuch stattfand und, nachdem dieser fruchtlos abgelaufen war, am 16. Dezember 1895 beim Bezirksgericht Zürich Klage eingereicht wurde, mit dem Begehren, der Beklagte sei verpflichtet, „der Klägerin zu ver„güten:

„1. 300,000 Fr. ausbezahlte Tantiemen pro 1890 nebst Zins „à 4 % vom 25. März 1891 an bis zur Klageeinleitung und „von da an à 5 %.

„2. Den aus dem Verkehr mit J. Sturzenegger in Herisau „entstandenen Verlust im Betrage von 2,496,240 Fr. 20 Cts. „nebst Zins à 4 % vom 1. Januar 1891 bis zur Klageein„leitung und von da an à 5 %.

„3. Den aus dem Geschäftsverkehr mit der Société générale „pour le développement de l'industrie, Basel, entstandenen „Verlust im Betrage von 925,635 Fr. 85 Cts. nebst Zins à 4 % „seit 31. Dezember 1891 bis zur Klageeinleitung und von da an „à 5 %."

Die friedensrichterliche Weisung enthält den Beisatz: „Die „Klägerin bemerkt in ihrer Klageschrift, sie sei im Besitze eines

„Faustpfandes und die Kompetenz der hiesigen Gerichte daher auf „Grund von § 92 des Einführungsgesetzes zum Bundesgesetz „über Schuldbetreibung und Konkurs gegeben. Der Beklagte pro„testiert gegen die Kompetenz der zürcherischen Gerichte." In der Hauptverhandlung vor Bezirksgericht Zürich, an der die Parteien in gegenseitigem Einverständnis vorab die Kompetenzfrage behandelten, erklärte die Klägerin wiederum, sie nehme an den 20 Pflichtaktien der Gegenpartei ein Faustpfand, eventuell ein Retentionsrecht in Anspruch, weshalb sie berechtigt sei, die Forderung am Orte der belegenen Sache einzuklagen. Der Beklagte erhob nun förmlich die Einrede der Inkompetenz der zürcherischen Gerichte: Nach Art. 59 B.-V. und § 209 der zürcherischen Civilprozeßordnung sei er an seinem Wohnorte, Neuenburg, zu belangen; es bestehe nämlich zu Gunsten der Klägerin kein Pfand- oder Retentionsrecht an den hinterlegten Aktien. Eventuell wäre der Gerichtsstand des Hinterlegungsortes, Bern, maßgebend, oder aber das forum provocationis, Luzern. Der Beklagte hatte nämlich die Klägerin am 23. November 1895 vor dem Gerichtspräsidenten von Luzern zur Klage provoziert und es war hiegegen von der letztern keine Einwendung erhoben worden, weshalb sie gemäß luzernischem Prozeßrecht innert bestimmter Frist ihre Klage einzureichen hatte.

C. Durch Urteil vom 21. August 1896 erklärte sich das Bezirksgericht Zürich als für die Behandlung der Streitsache zuständig. Den auf Art. 59 B.-V. beruhenden Haupteinwand des Beklagten betreffend, bemerkte dasselbe, es hange der Entscheid über diese Frage davon ab, ob die geltend gemachte Ansprache dinglicher oder persönlicher Natur, und ob die dingliche Unterlage dieser Ansprache, d. h. das Pfand oder dessen wertvollster Teil, im Kanton Zürich gelegen sei; beide Fragen seien zu bejahen: Erstere deshalb, weil der Klägerin allerdings nicht ein Pfand-, wohl aber ein Retentionsrecht an den 20 vom Beklagten hinterlegten Aktien zustehe, letztere deshalb, weil sich diese Aktien zur Zeit in Zürich befinden und nicht etwa eine dolose Veränderung des Hinterlegungsortes angenommen werden könne.

D. Disteli-Brun rekurrierte gegen diesen Entscheid an die Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes. Diese führt

in ihrem Entscheide vom 24. Oktober 1896 im wesentlichen aus: Aus der Klagebegründung ergebe sich, daß Forderung und Pfandrecht Gegenstand der Klage seien. Die Zuständigkeit der Zürcher Gerichte sei somit nach § 92 des Einführungsgesetzes zum Bundesgesetze über Schuldbetreibung und Konkurs begründet. Allerdings scheine danach das Bestehen eines Pfand- oder Retentionsrechtes die Voraussetzung zu sein, auf der der Gerichtsstand des Ortes der Pfandsache beruhe. Allein wenn eben der Bestand eines solchen Rechtes streitig sei, so müsse das angerufene Gericht sich ohne weiteres kompetent erklären, wenn nicht das Bestehen eines Pfandrechtes fälschlicherweise bloß vorgeschützt werde, um den Art. 59 B.-V. zu umgehen. Vorliegend sei der Anspruch eines Pfand- bezw. Retentionsrechtes zum allermindesten diskutabel und damit sei die Begründetheit des zürcherischen Gerichtsstandes des Pfandverwahrungsortes ausgesprochen. Ob dieser Gerichtsstand etwa nur gelten solle für den Streit über die Existenz eines Pfand- oder Retentionsrechtes an den 20 Aktien und für eine Forderung bis auf die Höhe des Aktienwertes, dagegen nicht für den Streit über den Mehrbetrag der Klageforderung, bedürfe keiner weitern Erörterung, da der Beklagte keine Einrede in diesem Sinne formuliert habe. Mit dem Zürcher Gerichtsstand konkurriere der infolge einer nicht binnen nützlicher Frist bestrittenen provocatio ad agendum begründete Gerichtsstand in Luzern. Der Anspruch unterliege der Gerichtsbarkeit beider Kantone gleichmäßig und im Konfliktsfalle wäre die Lösung nach Bundesstaatsrecht darin zu suchen, daß das zeitlich frühere Urteil die Priorität hätte. In das Endurteil gehöre, wie die Entscheidung über die Existenz eines Pfand- oder Retentionsrechtes, die Erledigung der Frage, ob die streitigen Aktien mit Recht nach Zürich haben transportiert werden können; der bloße Vorentscheid über die Kompetenz habe sich damit nicht zu befassen. Demgemäß wurde der Rekurs abgewiesen und die vom Rekurrenten gegen die Klage der Eidgenössischen Bank erhobene Inkompetenzeinrede als unbegründet erklärt.

E. Namens des A. Disteli-Brun ergriff nun Advokat Goll in Zürich mit Eingabe vom 21. Dezember 1896 gegen den Entscheid der Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes

den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht wegen Verletzung des Art. 59 B.-V. und wegen Rechtsverweigerung: Ein Pfand- oder Retentionsrecht sei vor dem Friedensrichter nicht geltend gemacht worden. Erst in der mündlichen Verhandlung vor Bezirksgericht und zunächst nur zur Rechtfertigung der Zuständigkeit des angerufenen Gerichtes sei dieses Sachverhältnis von der Klagspartei zur Sprache gebracht worden. Die beklagte Partei aber habe das Vorhandensein eines solchen Rechtes bestritten. Hierüber hätte nun, wie die erste, auch die obere Instanz dem Haupturteil vorgängig entscheiden sollen, da es nicht angehe, einen Prozeß durchzuführen, um am Ende bei dem nicht unwahrscheinlichen Resultate anzulangen, daß das ganze Verfahren wegen Inkompetenz des erkennenden Gerichtes nichtig sei. Dadurch, daß die zürcherische Appellationskammer anders entschieden, habe sie sich — abgesehen von einer Gesetzesverletzung — einer Verweigerung des rechtlichen Gehörs, sowie einer Mißachtung des Art. 59 B.-V. schuldig gemacht. Denn thatsächlich werde — was den letztern Punkt betrifft — dem Rekurrenten durch den Entscheid das Recht der Berufung auf den Wohnortsrichter abgesprochen, da nach Durchführung des Prozesses der Streit, wenn es sich herausstellen sollte, daß der urteilende Richter nicht zuständig gewesen, kaum zum zweiten Male würde angehoben und durchgeführt werden. Ferner sei aber auch infolge der nicht bestrittenen Provokation die Klägerin verpflichtet, ihre Forderungsansprüche beim luzernischen Richter einzuklagen, und es müsse so angesehen werden, als ob sie auf einen andern, namentlich den zürcherischen Gerichtsstand verzichtet habe. Eventuell beharre Rekurrent darauf, daß der Gerichtsstand in Bern begründet sei, wo die Titel hinterlegt worden seien; es könne nämlich nicht der Willkür der Depositarin anheimgegeben werden, den Aufbewahrungsort und damit den Gerichtsstand der belegenen Sache willkürlich zu verändern. Und zwar müsse diese Frage ebenfalls in einem Vorentscheide erledigt werden und liege auch diesbezüglich eine Rechtsverweigerung vor. Demgemäß wird beantragt, es sei, unter Aufhebung des angefochtenen Entscheides, auszusprechen, es seien die Zürcher Gerichte zur Behandlung und Entscheidung der von der Klägerin gegen den Beklagten erhobenen persönlichen Forderungsklage nicht

zuständig; eventuell wird beantragt, es sei die zürcherische Appellationskammer anzuhalten, in der Kompetenzfrage einen dem weitern Verfahren vorgängigen Entscheid zu geben. In einer Vernehmlassung vom 25. Januar 1897 schließt Namens der Eidgenössischen Bank Advokat Dr. Zuppinger in Zürich auf Abweisung des Rekurses. Schon vor dem Friedensrichter, und dann auch in der Klage, wird in thatsächlicher Beziehung bemerkt, sei ein Faustpfand-, bezw. Retentionsrecht angesprochen worden. In rechtlicher Beziehung sodann wird angebracht: Die entscheidende Frage sei die, ob nicht durch die Kompetenzerklärung der Zürcher Gerichte Art. 59 B.-V. verletzt worden sei. Hiebei scheine der Beschwerdeführer nicht zu bestreiten, daß eine Verletzung nicht vorliege, wenn die Eidgenössische Bank an den bei ihr hinterlegten Titeln ein Faustpfand- oder Retentionsrecht besitze; dagegen negiere er die Existenz eines solchen Rechtes und es werde sich daher fragen, wie es sich hiemit verhalte. Nun bestehe, was allerdings die Appellationskammer offen gelassen habe, was sie aber zu prüfen verfassungsmäßig auch nicht verpflichtet gewesen sei, in der That zu Gunsten der Klägerin für die eingeklagten Forderungen ein Pfand- oder ein Retentionsrecht, und es sei dasselbe auch durch den Domizilwechsel der Bank nicht untergegangen. Dann könne sich aber Rekurrent auf Art. 59 B.-V. nicht berufen, da diese Bestimmung sich nur auf persönliche Forderungen beziehe und nicht angerufen werden könne, wenn es sich um dingliche Ansprachen handle. Ebenso wenig liege eine Rechtsverweigerung vor; im Gegenteil habe die obere Instanz dem Rekurrenten das rechtliche Gehör sogar in der Kompetenzfrage speziell gesichert. Auch darin, daß die Zürcher Gerichte das behauptete forum provocationis in Luzern nicht als vorgehend anerkannt hätten, könne eine Rechtsverweigerung nicht erblickt werden. Abgesehen davon, daß gegen die Provokation in Luzern von Seite der Eidgenössischen Bank protestiert worden, sei die Klage damals in Zürich bereits eingeleitet gewesen. Ebenso unstichhaltig sei der Einwand, daß die Klage in Bern, als erstem Aufbewahrungsort der Pfand- bezw. Retentionsgegenstände, hätte angebracht werden müssen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Durch den angefochtenen Entscheid ist die vom Rekurrenten aus Art. 59 B.-V. hergeleitete Inkompetenzeinrede verworfen, und es sind damit die zürcherischen Gerichte als zuständig für die Beurteilung der Klage der Eidgenössischen Bank erklärt worden. Und zwar ist derselbe, soweit die zürcherischen Gerichte darüber zu entscheiden haben, als endgültiger Ausspruch über die Kompetenzfrage zu betrachten. In der That ginge es nicht an, daß ein Beklagter gezwungen würde, vorläufig vor einem Gerichte Recht zu nehmen, dessen Zuständigkeit er gestützt auf die Verfassung ansicht; vielmehr muß diese Frage, wenn sie zur Diskussion verstellt wird, dem Prozesse vorgängig definitiv erledigt werden.

2. Frägt es sich nun, ob jener Entscheid verfassungsmäßige Rechte des Rekurrenten verletze, so ist einzig zu prüfen, ob man es mit einer persönlichen Ansprache zu thun habe oder nicht. Hiefür ist maßgebend die Klage, wie sie angebracht ist, während darauf nichts ankommt, ob dieselbe, vielleicht gerade in dem für die Kompetenz entscheidenden Punkte, bestritten werde, oder ob sie hierin sogar von vorneherein als gänzlich haltlos sich darstelle. Die Zuständigkeit des Gerichtes kann unmöglich von einer Prüfung über die Begründetheit des Anspruches abhängig gemacht werden, sondern sie muß sich notwendigerweise danach bestimmen, welche Natur demselben nach der Klage zukommt, wobei allerdings nicht lediglich auf die Klagsbegehren abzustellen, sondern auch auf den aus den übrigen Klagsvorbringen sich ergebenden Zweck der Klage zurückzugehen ist. Nur dann, wenn offenbar bloß in der Absicht, den verfassungsmäßigen Gerichtsstand zu verrücken, der Klage eine Form gegeben worden wäre, die sich mit der wahren Natur des eingeklagten Anspruchs nicht verträgt, könnte hievon abgegangen und auf eine Prüfung der Begründetheit der Klage in gewissem Umfange schon im Stadium der Kompetenzbestimmung eingetreten werden (vgl. z. B. Entscheide des Bundesgerichtes in Sachen Bär, Amtl. Samml., Bd. VI, S. 531 Erw. 4; in Sachen Germann, Amtl. Samml., Bd. IX, S. 33 Erw. 1).

3. Danach kann aber vorerst davon keine Rede sein, daß sich die Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes deshalb einer Rechtsverweigerung schuldig gemacht habe, weil sie nicht

schon in dem Vorverfahren zur Bestimmung der Zuständigkeit der bestrittenen Frage, ob der Klägerin ein Pfand- oder Retentionsrecht an den fraglichen Aktien zustehe, entschieden hat. Vielmehr hat sie sich mit Recht darauf beschränkt, zu untersuchen, welcher Natur der Anspruch sei, wie er erhoben wurde, auf was die Klage, als prozessualischer Akt, gerichtet sei, und ob nicht vielleicht eine auf Umgehung des Art. 59 B.-V. berechnete Machination vorliege. Auch das Bundesgericht hat als Staatsgerichtshof eine weitergehende, auf den Bestand der geltend gemachten Rechte sich erstreckende Kognition nicht eintreten zu lassen, sondern ebenfalls bloß zu prüfen, was für eine Klage angestellt sei und ob dieselbe unter die Garantie des Art. 59 B.-V. falle.

4. Wäre nun lediglich auf den Wortlaut der Klagsbegehren abzustellen, so könnte darüber kein Zweifel walten, daß die Gerichte des Kantons Zürich zur Beurteilung der vorliegenden Klage nicht kompetent sind. Denn danach müßte angenommen werden, daß lediglich bestimmte persönliche Forderungen an den Rekurrenten geltend gemacht werden wollen, für die er nach Art. 59 B.-V., da die übrigen hier vorgesehenen Voraussetzungen unzweifelhaft zutreffen, an seinem Wohnorte, der sich nicht im Kanton Zürich befindet, gesucht werden müßte. Nun erklärt aber die Vorinstanz, es ergebe sich aus der Klagebegründung, daß nicht bloß die eingeklagte Forderung, sondern auch das vom Kläger dafür beanspruchte Pfandrecht streitig sei. Und in der That scheint es zur Zeit wenigstens und zunächst bloß auf die Anerkennung eines Pfand- oder Retentionsrechtes abgesehen, und es scheint die Klage auf Anerkennung der Forderungen nur deshalb erhoben worden zu sein, weil deren Bestand ebenfalls bestritten wird, und weil dieser eine Voraussetzung für das Bestehen des Pfand- oder Retentionsrechtes bildet. Dies ergibt sich namentlich daraus, daß die Klage auf eine vorhergehende Betreibung auf Pfandverwertung hin eingeleitet wurde. Diese konnte sich nur auf die Objekte erstrecken, an denen ein Pfand- bezw. Retentionsrecht in Anspruch genommen wurde, und hatte keineswegs die Exekution der Forderung auch in das übrige Vermögen des Schuldners zum weitern Zwecke. Wenn daher auf den Rechtsvorschlag des letztern hin gerichtliche Klage erhoben wurde auf

Anerkennung der Forderung, so wollte damit doch auch nur insoweit die letztere selbst geltend gemacht werden, als sie eine Voraussetzung bildet für das Bestehen eines Pfand- bezw. Retentionsrechtes, und der eigentliche Zweck der Klage war der, das letztere gegenüber dem Rechtsvorschlag zur Anerkennung zu bringen und die Realisierung desselben durchzusetzen.

5. So aufgefaßt ist aber die Klage zweifellos dinglicher Natur, und es kann sich der Rekurrent gegenüber derselben nicht auf den nur für persönliche Ansprüche den Gerichtsstand des Wohnortes garantierenden Art. 59 B.-V. berufen. Da diese Bestimmung ferner keineswegs eine Gewährleistung des forum provocationis enthält, so ist nicht erfindlich, wie der Rekurrent mit Rücksicht darauf, daß er die Klägerin in Luzern zur Klage provoziert hat, ein verfassungsmäßiges Recht darauf haben sollte, für den fraglichen Anspruch vor dem luzernischen Richter belangt zu werden, wobei es dann selbstverständlich gleichgültig ist, ob sich die Klägerin der Provokation widersetzt habe oder nicht. Ebensowenig ist einzusehen, wie vom verfassungsrechtlichen Standpunkt aus der Rekurrent sollte verlangen können, mit der fraglichen Forderung in Bern belangt zu werden; hievon könnte doch höchstens dann die Rede sein, wenn der Wechsel des Aufbewahrungsortes des Pfand- bezw. Retentionsgegenstandes zum Zwecke der Verschiebung eines verfassungsmäßig garantierten Gerichtsstandes vollzogen worden wäre.

6. Kann somit im angegebenen Umfange, d. h. weil ein Pfand- oder Retentionsrecht eingeklagt wird, die Kompetenz der zürcherischen Gerichte auf Grund des Art. 59 B.-V. nicht angefochten werden und muß es diesen deshalb auch zustehen, über den Bestand der Forderung, als Voraussetzung für das Bestehen des Pfandrechtes zu erkennen, so muß dann aber doch die Frage vorbehalten werden, ob die zürcherischen Gerichte auch in weiterem Umfange, soweit die Forderung nicht durch die Pfand- oder Retentionsgegenstände gedeckt wird, verfassungsmäßig zuständig seien. Diese Frage braucht heute nicht beantwortet zu werden, da sie nicht aufgeworfen worden ist. Allein dieselbe ist durch den vorliegenden Entscheid nicht präjudiziert, so daß dieselbe immer noch, wenn die Zürcher Gerichte über den Bestand der Forderung

selbständig, und nicht lediglich mit Bezug auf das in Anspruch genommene Pfand- oder Retentionsrecht, urteilen würden, oder wenn die Exekution eines solchen Urteils in anderes Vermögen als das im Pfand- oder Retentionsnexus verhaftete gesucht werden wollte, auf dem Wege des staatsrechtlichen Rekurses vor das Bundesgericht gebracht werden kann (vgl. den Entscheid des Bundesgerichtes in Sachen Schmid, Amtl. Samml., Bd. IV, S. 551 ff.).

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird abgewiesen.

---

3. Gerichtsstand in Erbschaftssachen.
For en matière de succession.

10. Urteil vom 3. März 1897 in Sachen Ackermann.

A. Am 19. Januar 1894 verstarb in Wolfwyl, Kantons Solothurn, wo sie auf Besuch bei ihrer Tochter Anna Ackermann geb. Plüß weilte, die Witwe Anna Plüß geb. Hunziker, gebürtig von Rothrist, Kantons Aargau, und wohnhaft am gleichen Orte. Im Jahr 1895 wurde zwischen ihren Erben (Kindern und Kindeskindern resp. deren gesetzlichen Vertretern) ein Erbteilungsvertrag entworfen, in welchem u. a. der Tochter Anna Ackermann als Vorempfang angerechnet wurden 424 Fr. 05 Cts., an erhaltenem „Brautdrossel," 31 Fr. 70 Cts. für ersteigerte Fahrhabe und 2907 Fr. für von der Erblasserin erhaltene Baarvorschüsse. Anna Ackermann bezw. ihr Ehemann Erhard Ackermann, von und in Wolfwyl, Kantons Solothurn, weigerte sich, den Entwurf des Teilungsvertrages zu unterzeichnen, da sie den ihr berechneten Vorempfang bestritt. Am 3. Februar 1896 richteten daher die übrigen Erben an sie die rechtliche Aufforderung, die genannten Vorempfänge anzuerkennen und sich diese auf ihrem Erbteil aus der Erbschaft der Mutter Anna Plüß geb. Hunziker

anrechnen zu lassen. Auf diese rechtliche Aufforderung erwiderte Fürsprech Adrian von Arx in Olten, namens des Ehemannes Ackermann-Plüß, als Vertreter seiner Ehefrau, am 14. Februar 1896: 1. Ackermann-Plüß anerkenne von Frau Anna Plüß-Hunziker sel. für Rechnung des Erbteiles seiner Ehefrau Anna Ackermann-Plüß erhalten zu haben: a) an Aussteuer (Brautfuder) für 424 Fr. 05 Cts.; b) für ersteigerte Fahrhabe 31 Fr. 70 Cts. 2. Er bestreite die namhaft gemachten „Vorempfänge" von 1000 Fr. und 1907 Fr., und behalte sich 3. alle Einreden betreffend Gerichtsstand und in was sie sonst bestehen mögen, für den Fall des Prozesses ausdrücklich vor. Die Erben Plüß ließen nun den Ehemann Erhard Ackermann-Plüß vor das Friedensrichteramt Rothrist vorladen zur Verhandlung über die Rechtsbegehren, er sei gehalten, die in der rechtlichen Aufforderung genannten Vorempfänge anzuerkennen und diese auf seinem (resp. seiner Ehefrau) Erbteil aus der Erbschaft der Mutter Anna Plüß geb. Hunziker anrechnen zu lassen. Der Beklagte bestritt im Friedensrichtervorstand vom 27. Februar 1896, die in der Aufforderung genannten 2907 Fr. als Vorempfang erhalten zu haben und erklärte, weiter in nichts eintreten zu wollen. Nunmehr stellten die Erben Plüß am 11. März 1896 beim Gerichtspräsidenten von Zofingen das Editionsbegehren, Anna Ackermann-Plüß sei pflichtig zu erklären, das Hausbuch der Frau Witwe Anna Plüß geb. Hunziker zu edieren; sie behaupteten: Sie seien genötigt, gegen die Impetratin eine Klage einzureichen mit folgenden Schlüssen: Dieselbe sei zu verurteilen, anzuerkennen, daß sie folgende Beträge: a) im April 1891 Fr. 1000; b) im Mai 1892 Fr. 1907 als Vorempfänge auf Rechnung ihres Erbteils erhalten habe, und demzufolge sei sie pflichtig zu erklären, bei der Erbschaftsteilung sich dieselben anrechnen zu lassen. Unter Kostenfolge. Die Erblasserin habe auf ihrem Contocorrent bei der Spar- und Leihkasse Zofingen am 28. April 1891 Fr. 1000 und am 20. Mai 1892 Fr. 1907 erhoben, welche Beträge sie sicher nicht für sich, sondern höchst wahrscheinlich zu Gunsten der Beklagten verwendet habe. Darüber müsse das von der Erblasserin sehr genau geführte Hausbuch Auskunft geben; dieses habe sich aber in dem Nachlaß nicht vorgefunden und es sei nach den Um-

ständen anzunehmen, dasselbe befinde sich in dem Besitze der Beklagten. Nachdem ihnen von diesem Editionsbegehren durch Vermittelung der Behörden ihres Wohnortes Kenntnis gegeben worden war, erklärten die Eheleute Ackermann-Plüß am 18. März 1896, sie seien weder im Besitze eines Hausbuches noch eines andern Buches, in welchem die Mutter Anna Plüß geb. Hunziker ihre Einnahmen und Ausgaben eingezeichnet hätte. Mit Eingabe vom 26. März 1896 an das Bezirksgericht Zofingen verlangten nunmehr die Erben Plüß von Frau Ackermann die Ableistung des Editionseides. Diese erklärte zuerst am 28. März 1896 auf der bereits abgegebenen Erklärung beharren und ihre weitere Erklärung bei der Eidesabnahme dem Richter in Zofingen persönlich abgeben zu wollen. Später erschien sie vor dem Gerichtspräsidenten von Zofingen und berichtete, daß Fürsprech Strähl für sie eine Erklärung einreichen werde. Am 14. April sodann gab letzterer die schriftliche Erklärung ab, seine Klientschaft halte an dem fest, was Fürsprech von Arx geschrieben habe und zwar auch bezüglich der Kompetenz des Gerichtes; sowohl das Editionsbegehren als die Pflicht zur Edition werden bestritten. Die Sache gelangte nun zur Verhandlung vor Bezirksgericht Zofingen. Am 3. Juni 1896 erkannte dieses dahin: Die Kläger seien mit ihren Begehren hierorts wegen Unzuständigkeit abgewiesen, indem es wesentlich ausführte: Die Kompetenz des Gerichtes sei nicht mit Bezug auf das Editionsverfahren als selbständiges, vom Hauptstreite unabhängiges Verfahren zu prüfen, sondern mit Bezug auf die Hauptsache. Denn das aargauische Obergericht habe s. Z. erklärt, daß zwar allerdings regelmäßig der Rechtsstreit mit Anhebung der Klage beginne, daß aber da, wo derselben vorangehend eine andere prozessualische Rechtsvorkehr erlassen werde, der Prozeß schon mit dieser angehoben werde und der Beklagte derselben mit der Einrede der Nichtzuständigkeit des Gerichtes entgegentreten könne. Aus den Anbringen der Editionskläger ergebe sich, daß diese behaupten, die Beklagte habe von ihrer verstorbenen Mutter 2907 Fr. erhalten, sie sei für diese Summe Schuldnerin der Erbschaft geworden und habe diese Schuldpflicht anzuerkennen. Es handle sich also nicht um eine Erbteilung, oder um eine Erbberechtigung, sondern bloß um die

Feststellung der Erbmasse d. h. um Anerkennung der Schuldpflicht eines Teiles derselben. Dieses Begehren qualifiziere sich als persönlicher Anspruch der Erbschaft Plüß gegen Frau Ackermann. Der Umstand, daß die Beklagte gleichzeitig Miterbin sei, ändere an der Sache nichts. Nach bisheriger Praxis des Bundesgerichtes werden unter persönlichen Ansprachen nicht nur Schuldforderungen, sondern überhaupt alle civilrechtlichen Ansprüche, soweit sie nicht dinglicher Natur seien, verstanden. Gemäß Art. 59 B.-V. müsse daher die Beklagte an ihrem Wohnort belangt werden. Auf Berufung der Kläger hin erkannte dagegen das Obergericht des Kantons Aargau am 30. September 1896 abändernd dahin: 1. Das Bezirksgericht Zofingen wird im vorwürfigen Rechtsstreite und zwar sowohl in der Hauptsache als für das Editionsverfahren als zuständig erklärt. 2. Die Editionsbeklagte, Frau Anna Ackermann geb. Plüß in Wolfwyl, ist pflichtig, den ihr durch die Editionskläger gemäß § 151 der C.-P.-O. auferlegten Editionseid zu leisten. In der Begründung wird hinsichtlich der Kompetenzfrage im wesentlichen ausgeführt: Die von der Editionsbeklagten aufgeworfene Kompetenzeinrede sei nicht verspätet, dagegen sei sie materiell unbegründet. Wie sich aus dem beim Friedensrichter gestellten Rechtsbegehren und aus dem Editionsbegehren ergebe, sei der Gegenstand des einzuleitenden Rechtsstreites die Frage, ob die Beklagte von der Erblasserin Vorempfänge im Betrage von 2907 Fr. erhalten habe, und pflichtig sei, sich dieselben bei der Erbteilung anrechnen zu lassen. Die Regelung der Anrechnung von Vorempfängen, wie sie in § 985 des bürg. Gesetz-Buches enthalten sei, gehöre aber unzweifelhaft dem Erbrechte, speziell den Bestimmungen über die Erbteilung an. Ein Rechtsstreit über Ansprüche aus § 985 qualifiziere sich daher als Erbstreitigkeit. Da also eine erbrechtliche und nicht eine bloß persönliche Ansprache im Streite liege, komme für den Gerichtsstand nicht die ausschließliche Bestimmung des Art. 59 B.-V., sondern § 12 der aargauischen Civilprozeßordnung zur Anwendung, wonach in Erbstreitigkeiten u. a. Klagen der Erben untereinander vor dasjenige Bezirksgericht gebracht werden können, in dessen Bezirk der Erblasser seinen Wohnsitz hatte, insofern die Teilung der Erbschaft noch nicht erfolgt sei. Danach sei hier das

Bezirksgericht Zofingen in der Hauptsache und somit auch hinsichtlich des der Klageanhebung vorausgehenden Editionsverfahrens zuständig. Daß die Beklagte außerhalb des Kantons wohne, sei für die Anwendbarkeit des § 12 C.-P.-O. ohne Belang. Es sei ein im neuern Prozeßrechte allgemein anerkannter Satz, daß das forum hereditatis für die Beurteilung eigentlicher Erbstreitigkeiten gültigerweise angesprochen werden könne, so lange wenigstens die Erbschaft noch unverteilt sei. Die Auffassung, daß der letzte Wohnsitz des Erblassers für das konkrete Erbrecht sowohl materiell als formell von Bedeutung sei, habe übrigens ihren Ausdruck unzweifelhaft auch in dem neuen schweizerischen Niederlassungsgesetz (d. h. dem Bundesgesetz über die civilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter) gefunden (vgl. insbesondere §§ 22 und 23).

B. Gegen diese Entscheidung ergriff Erhard Ackermann-Plüß namens seiner Ehefrau Anna Ackermann geb. Plüß den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht mit dem Antrage: Es sei das Urteil des Obergerichtes des Kantons Aargau vom 30. September 1896 wegen Verletzung des Art. 59 B.-V. aufzuheben und demgemäß das Bezirksgericht Zofingen als in Sachen nicht zuständig zu erklären, unter Kostenfolge. In der Rekursschrift wird zunächst das bei Behandlung des gegnerischen Editionsbegehrens beobachtete Verfahren bemängelt und sodann ausgeführt: Der von der Gegenpartei geltend gemachte Anspruch sei nicht erbrechtlicher Natur, sondern enthalte eine persönliche Ansprache im Sinne des Art. 59 B.-V.; er müsse daher am Wohnorte des Schuldners verfolgt werden. Es handle sich um die Anfechtung von Schenkungen, welche die Erblasserin bei Lebzeiten ihrer Tochter und ihren Großkindern gemacht habe und zwar teilweise im Kanton Solothurn. Wenn darüber bei Lebzeiten der Erblasserin ein Streit entstanden wäre, so hätte er jedenfalls im Kanton Solothurn durchgeführt werden müssen. Der Tod der Schenkerin aber ändere hieran nichts; sonst müßten auch Forderungen der Erbschaft gegenüber Dritten im Gerichtsstande der Erbschaft geltend gemacht werden können, was nicht der Fall sei. § 12 der aarg. C.-P.-O., auf welchen das aargauische Obergericht sein Urteil ausschließlich begründe, gelte nur für das Gebiet des

Kantons Aargau, nicht aber für interkantonale Verhältnisse. Von einem Erbteilungsstreite könnte erst dann die Rede sein, wenn die Pflicht der Beklagten zur Kollation feststände. Die Rekurrentin beruft sich für ihre Ausführungen auf verschiedene Entscheidungen des Bundesgerichtes, insbesondere auf die Entscheidungen in Sachen Schurter und Küng, Amtl. Sammlg., Bd. III, Nr. 12, Kantone Glarus und Schaffhausen, Amtl. Samml., Bd. I, Nr. 49, und in Sachen Huber und Genossen, Amtl. Samml., Bd. XIV, Nr. 11. Schließlich sucht die Rekurrentin noch zu zeigen, daß vielleicht auch die civilrechtliche Berufung an das Bundesgericht wegen Verletzung bezw. unrichtiger Anwendung des Bundesgesetzes betreffend die civilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter statthaft wäre, wenn das Obergericht seine Entscheidung auf dieses Gesetz begründet und dasselbe nicht bloß zur Vergleichung herangezogen hätte.

C. Die Rekursbeklagten, Marie Elisabeth Plüß und Genossen, tragen auf Abweisung des Rekurses unter Kostenfolge an. Sie bemerken, nach ausführlicher Darstellung der thatsächlichen Verhältnisse, im wesentlichen: Vor den kantonalen Instanzen habe die Rekurrentin stets bestritten, die von den Klägern behaupteten Vorempfänge erhalten zu haben; erst vor Bundesgericht gebe sie den Empfang zu, behaupte aber, die fraglichen Beträge seien ihr geschenkt worden. Dieses novum könne nicht zu Gunsten der Rekurrentin in Betracht gezogen werden, die Zuständigkeitsfrage sei vielmehr auf Grund der Sachlage zu beurteilen, wie sich dieselbe vor den kantonalen Instanzen gestaltet habe. Danach habe es sich einfach um eine Kollationsklage gehandelt, welche, wie wesentlich im Anschluß an die Ausführungen des bundesgerichtlichen Urteiles in Sachen Munzinger vom 23. Juli 1880, Amt. Samml., Bd. VI, S. 389 ff., dargelegt wird, unzweifelhaft erbrechtlicher Natur sei, speziell sich als Erbteilungsklage qualifiziere und also unerachtet des Art. 59 B.-V. im Gerichtsstand der Erbschaft geltend gemacht werden könne. Wenn die Beklagte dieser Klage die Einrede entgegenhalten wolle, die streitigen Beträge seien ihr geschenkt worden, so ändere dies an der Zuständigkeit nichts. Wären übrigens die fraglichen Vorempfänge der Beklagten wirklich schenkungsweise zugewandt worden, so stände den Klägern

die Pflichtteilsergänzungsklage zu, da die Erblasserin ihre gesetzliche Dispositionsberechtigung überschritten hätte, und werden die Kläger eventuell diese Klage erheben.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Beschwerde ist als staatsrechtlicher Rekurs eingeführt worden und ist auch nur als solcher statthaft. Eine civilrechtliche Berufung wegen Verletzung oder unrichtiger Anwendung des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1891 betreffend die civilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter, von welcher die Rekurrentin als möglich oder vielleicht möglich spricht, ist vollständig ausgeschlossen. Denn einmal ist das angefochtene Urteil, jedenfalls soweit es über die Kompetenz der aargauischen Gerichte entscheidet, kein Haupturteil; sodann sind Streitigkeiten, zu denen die Anwendung des citierten Bundesgesetzes Anlaß geben kann, gemäß Art. 38 desselben uud Art. 180 Ziff. 3 O.-G. nach dem für staatsrechtliche Streitigkeiten vorgeschriebenen Verfahren zu beurteilen und kann keine Rede davon sein, daß es sich hier um einen nach eidgenössischem Rechte zu beurteilenden Rechtsstreit handle, so daß Präjudizialfragen, welche nach dem citierten Gesetze zu beurteilen sind, im Zusammenhange mit dem ganzen Prozesse im Berufungswege vor das Bundesgericht gebracht werden könnten, und endlich ist das erwähnte Bundesgesetz im vorliegenden Falle überhaupt weder anwendbar, noch auch von der Vorinstanz angewandt worden. Denn die Vorinstanz nimmt auf dasselbe, wie die Rekurrentin selbst anerkennt, nur vergleichend Bezug und zwar mit Recht, da es sich ja im Fragefalle, wo die Erblasserin aargauische Angehörige und im Kanton Aargau domiziliert war, nicht um civilrechtliche Verhältnisse kantonsfremder schweizerischer Aufenthalter oder Niedergelassener handelt, mit denen einzig das erwähnte Bundesgesetz in seinem ersten Titel sich beschäftigt. Als staatsrechtlicher Rekurs wegen Verletzung des Art. 59 B.-V. dagegen ist die Beschwerde nach Art. 175 Ziff. 3 und Art. 178 O.-G. statthaft, und sie ist auch rechtzeitig und in richtiger Form eingereicht.

2. In der Sache selbst hat das Bundesgericht nicht zu untersuchen, ob es statthaft sei, ein Editionsbegehren mit Rücksicht auf einen einzuleitenden Prozeß, wie es hier geschehen ist, schon vor

Einreichung der Klage bei dem in der Hauptsache, d. h. dem für Beurteilung der letztern zuständigen Gerichte zu stellen. Denn bei Beurteilung der Frage, ob derartige antizipierte Editionsbegehren statthaft seien, handelt es sich nicht um eine Frage des Verfassungsrechtes, sondern des kantonalen Prozeßrechtes. Die aargauische Praxis läßt solche Editionsbegehren bekanntlich zu, derart, daß es im Kanton Aargau weitverbreitete Übung ist, den Prozeß, statt mit der Klageschrift, mit einem Editionsbegehren zu beginnen. Das Bundesgericht hat nun nicht zu untersuchen, ob diese Praxis mit dem kantonalen Prozeßgesetze vereinbar ist, sondern muß dies ohne anders annehmen. Es hat nur zu prüfen, ob die aargauischen Gerichte zu Beurteilung der Hauptsache und damit, gemäß der bestehenden kantonalen Praxis auch zu Beurteilung des Editionsbegehrens verfassungsmäßig kompetent seien, oder ob die Entscheidung des aargauischen Obergerichtes, welche diese Kompetenz anerkennt, gegen einen verfassungsmäßigen Grundsatz verstoße. In der That gründet sich denn auch die Beschwerde, wenn auch die Rekurrentin nebenbei das bei Behandlung des Editionsbegehrens beobachtete Verfahren bemängelt, ausschließlich hierauf, d. h. auf die Verletzung des Art. 59 B.-V.

3. Nun ist die bundesrechtliche Praxis in Auslegung des Art. 59 B.-V. stets davon ausgegangen, daß zu den persönlichen Ansprachen im Sinne dieses Verfassungsartikels erbrechtliche, speziell auch Erbteilungsansprüche nicht gehören (vgl. z. B. die Entscheidung in Sachen Munzinger vom 23. Juli 1880, Amtl. Samml., Bd. VI, S. 389 ff.; in Sachen Ackermann vom 3. September 1880, ibidem, S. 400 ff.). Erbrechtsstreitigkeiten d. h. einerseits Streitigkeiten zwischen verschiedenen Ansprechern über die erbrechtliche Nachfolge in den Nachlaß, eine Nachlaßquote oder einen Nachlaßbestandteil, anderseits Erbteilungsstreitigkeiten, welche sich auf die Teilung des Nachlasses, sowie überhaupt auf Erledigung der aus der Erbgemeinschaft zwischen den Miterben entstandenen Ansprüche beziehen, betreffen auch in der That nicht persönliche Ansprüche, sondern eben das Recht der Nachfolge von Todeswegen und dessen Realisierung; sie fallen also nicht unter die Vorschrift des Art. 59, Abs. 1 B.-V. Sofern daher im vorliegenden Falle das Editionsbegehren mit Bezug auf eine erb-

rechtliche, speziell Erbteilungsklage gestellt worden ist, liegt eine Verletzung der erwähnten Verfassungsbestimmung nicht vor; vielmehr könnte alsdann die Klage und folgeweise auch das Editionsbegehren in dem durch § 12 der aargauischen C.-P.-O. in bundesrechtlich völlig zulässiger Weise statuirten Gerichtsstand der Erbschaft am letzten Wohnort des Erblassers, angebracht werden.

4. Die rechtliche Natur der Klage nun muß selbstverständlich nach den Klagebegehren beurteilt werden, wie sie von der Klagpartei im Friedensrichtervorstande und im Editionsbegehren gestellt worden sind und wie sie einzig der, die Kompetenz der aargauischen Gerichte bejahenden Entscheidung des kantonalen Obergerichtes zu Grunde lagen. Nur auf die in ihrer rechtlichen Natur durch diese Begehren charakterisierte Klage bezieht sich die angefochtene Entscheidung des Obergerichtes und nur auf sie kann daher auch die Beschwerde sich beziehen. Die Anbringen der Parteien vor Bundesgericht, welche andere Klagegründe als die durch die erwähnten Klagebegehren angezeigten andeuten, fallen für die bundesgerichtliche Entscheidung völlig außer Betracht, wie sie ja auch von den kantonalen Instanzen nicht gewürdigt wurden.

5. Die Klagebegehren aber, wie sie im Friedensrichtervorstand und im Editionsbegehren formuliert wurden, gehen einfach dahin, die Beklagte sei zu verurteilen anzuerkennen, daß sie Beträge von 1000 Fr. und 1907 Fr. als Vorempfänge auf Rechnung ihres Erbteiles erhalten habe, und demzufolge sei sie pflichtig zu erklären, bei der Erbschaftsteilung sich dieselben anrechnen zu lassen.

Durch die Klage will also nicht, wie die Rekurrentin meint, eine Forderung gegen diese geltend gemacht werden, welche von der Erblasserin abgeleitet wäre und schon zu deren Lebzeiten hätte geltend gemacht werden können; und ebenso wenig handelt es sich, wie die Rekurrentin im weitern behauptet, um die Anfechtung von Schenkungen, welche die Erblasserin der Rekurrentin oder ihren Kindern bei Lebzeiten gemacht hätte. Die Behauptung, die Rekurrentin habe die streitigen Beträge als Vorempfang auf Rechnung ihres Erbteiles erhalten, wie sie den Klagebegehren zu Grunde liegt, schließt vielmehr die Annahme, es wolle Erfüllung einer zu Lebzeiten der Erblasserin zwischen dieser und der Rekurrentin bestandenen Obligation verlangt oder es wolle geltend

gemacht werden, die Erblasserin habe die fraglichen Beträge der Rekurrentin geschenkt, und es werden nun die fraglichen Schenkungen als pflichtteilswidrig angefochten, geradezu aus. Denn mit dem einen oder andern dieser Standpunkte wäre die Behauptung, die Rekurrentin habe die fraglichen Beträge als Vorempfang auf Rechnung ihres Erbteiles, also weder unter der Verpflichtung zur Rückgabe an die Erblasserin noch als Schenkung erhalten, völlig unvereinbar. Nach den gestellten Begehren wird von der Klagepartei vielmehr einfach geltend gemacht, die Rekurrentin habe einen Teil des ihr zukommenden Erbanteiles schon bei Lebzeiten der Erblasserin auf Rechnung ihres Erbteiles heraus erhalten, und sei nun, kraft der zwischen den Miterben bestehenden Erbgemeinschaft verpflichtet, sich das Empfangene bei der Erbteilung anrechnen zu lassen, da sie eben das bereits auf Rechnung Erhaltene sich müsse anrechnen lassen und nicht ein zweites Mal beziehen könne. Durch die Klage, auf welche das Editionsbegehren sich bezieht, wird also keinenfalls eine persönliche Ansprache gegen die Rekurrentin geltend gemacht, sondern es betrifft dieselbe vielmehr einen Erbteilungsstreit; sie macht den aus der Erbgemeinschaft sich ergebenden Anspruch der Miterben auf Abrechnung bezw. Einwerfung der Vorempfänge geltend (s. Amtl. Samml., Bd. VI, S. 398, Erw. 4), nicht einen persönlichen Leistungsanspruch, auch nicht einen Anfechtungsanspruch gegenüber einem von der Erblasserin abgeschlossenen Rechtsgeschäfte. Wenn die Rekurrentin, wie sie in ihrer Beschwerdeschrift an das Bundesgericht andeutet, der Klage die Einwendung entgegenstellen will, sie oder ihre Kinder habe die streitigen Beträge nicht als Vorempfänge, sondern als Schenkung von der Erblasserin erhalten, so ändert dies an der rechtlichen Natur des eingeklagten Anspruches nichts; es liegt in dem gedachten Vorbringen vielmehr einfach eine Bestreitung des juristischen Klagegrundes, nach welchem die Rekurrentin die fraglichen Beträge als Vorempfang erhalten haben soll, über deren Begründetheit der zur Beurteilung der Klage kompetente Richter zu entscheiden hat. Wenn die Rekursbeklagten in ihrer Rekursbeantwortung erklärt haben, sofern die Erblasserin die streitigen Beträge wirklich schenkungsweise hingegeben haben sollte, so würden sie die Schenkungen als pflicht-

widrig mit der Pflichtteilsergänzungsklage anfechten, so kann hierauf bei der gegenwärtigen Entscheidung keine Rücksicht genommen werden; denn von einer solchen Klage war vor den kantonalen Instanzen niemals die Rede; es haben daher die kantonalen Gerichte darüber, ob für dieselbe der Gerichtsstand der Erbschaft begründet wäre, nicht entschieden und es ist somit auch das Bundesgericht zur Zeit nicht berufen, diese Frage zu beurteilen. Ebenso mag dahingestellt bleiben, ob Forderungen des Erblassers gegen einen Miterben nicht beim Gerichtsstande der Erbschaft im Erbteilungsverfahren zur Anerkennung gebracht werden könnten, denn dieser Thatbestand liegt, wie gesagt, gar nicht vor, da die Rekurrentin durchaus nicht als Nachlaßschuldnerin in Anspruch genommen wird.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird abgewiesen.

---

11. Urteil vom 17. März 1897 in Sachen Perret.

A. Der am 7. August 1877 in Hâvre verstorbene, aus Zofingen gebürtige, Friedrich Sprünglin hatte den Teil seines Vermögens, das sich in der Verwaltung der Notare Wildbolz und Steck in Bern befand, testamentarisch den bei seinem Tode lebenden und den allfällig nachkommenden Kindern seines Stiefsohnes Alexis Perret vermacht, immerhin unter dem Vorbehalt, daß die gesammte Nutznießung des Vermögens der Witwe des Erblassers uud daß nach deren Tode die Hälfte davon den Eltern der bedachten Kinder Perret zukommen sollte. Das Vermögen sollte von Notar Wildbolz (und zwei andern Personen) weiter verwaltet werden, und erst wenn der Nießbrauch der Wittwe Sprünglin aufhören würde, sollten ihre Großkinder ihren Anteil beziehen dürfen, nachdem sie überdies das 23. Altersjahr zurückgelegt hätten. Witwe Sprünglin starb bald nach dem Tode ihres Ehemannes und im Laufe der Jahre wurde den 4 Kindern Perret, Ottilie, Marie-Louise, Delphine-Alice und Maurice-Walter, —

ein fünftes war verstorben und es fiel sein Teil den andern zu, — sobald sie jeweilen das 24. Altersjahr erreicht hatten, ihr Anteil an dem Vermögen, das sich auf 1. Mai 1881 auf 849,268 Fr. 37 Cts. belaufen hatte und in die Verwaltung des Notariatsbureau F. Jäggi & Cie. übergegangen war, ausgeliefert. Dem jüngsten Sohne Maurice Walter Perret ließen F. Jäggi & Cie. am 30. Mai 1892 die Schlußrechnung zugehen. Auch dieser hat seinen Anteil seither bezogen; immerhin liegt hinter F. Jäggi & Cie. zur Zeit noch ein, zum größten Theil in einem Kontokorrentguthaben an die Verwalter bestehender Betrag von 20,800 Fr.

B. Vor einiger Zeit traten Constance und Gaston Perret in Grandson mit dem Anspruch auf, später gekommene Geschwister der Kinder Perret zu sein, sie seien nämlich von dem Vater Alexis Perret im Ehebruch mit einer Marie Guedon gezeugt, aber durch nachfolgende Ehe der Eltern legitimiert worden. Mit einer beim Bezirksgerichte Zofingen eingereichten Klage stellten sie gegen die Kinder Perret ein auf Anerkennung ihrer Eigenschaft als eheliche Kinder des Alexis Perret gerichtetes Begehren an's Recht und verlangten ferner als gleichberechtigte Erben des Friedrich Sprünglin Ausweisung der auf sie fallenden Erbteile. Die Statusklage wurde dann auf eine erhobene Kompetenzeinrede hin fallen gelassen. Die übrigen Klagsbegehren lauten:

„1. Es seien die Beklagten pflichtig, anzuerkennen, daß die Kläger mit ihnen gleichberechtigte Erben resp. Legatare zum Nachlasse des Friedrich Sprünglin (verstorben am 7. August 1877 in Hâvre) sind, welcher in der Schweiz resp. außerhalb Frankreich sich befindet.

„2. Es sei der in der Schweiz resp. außerhalb Frankreich befindliche Nachlaß des Friedrich Sprünglin auf 849,268 Fr. 37 Cts. — Wert 1. März 1881 — festzusetzen und unter die sämmtlichen Erbberechtigten gleichmäßig, d. h. je zu einem Sechsteil zu teilen, so daß es den Klägern $^2/_6$ = 283,089 Fr. 46 Cts. trifft.

„3. Die Beklagten haben den Klägern diesen Betrag von 283,089 Fr. 46 Cts. samt Zins à 4 % von 141,544 Fr. 73 Cts. vom 1. März 1881 und von 141,544 Fr. 73 Cts. vom Todestage des Constant Perret (16. Oktober 1893) an auszuhändigen

und anzuerkennen, daß ihnen auf Rechnung dieses Betrages der noch bei F. Jäggi & Cie. Notar in Bern von der Verlassenschaft des Friedrich Sprüngli befindliche Betrag gehöre. Unter Kostenfolge.

„Eventuell sei zu erkennen, daß:

„a. Ottilie Perret, Marie-Louise Charvet geb. Perret, Delphine-Alice Attkins geb. Perret, jedes je 70,772 Fr. 36 Cts. sammt Zins à 4 % seit dem Tode des Constant Perret zu bezahlen haben.

„b. Maurice Perret den Klägern den noch bei F. Jäggi & Cie. befindlichen Teil des Nachlasses des F. Sprünglin den Klägern zu überlassen und ihnen den weitern Betrag bis auf 70,772 Fr. 36 Cts. sammt Zins à 4 % von 35,386 Fr. 18 Cts. seit 1. März 1881 und von 35,386 Fr. 18 Cts. seit dem Tode des Constant Perret zu bezahlen habe.

„Alles unter Kostenfolge."

Die prinzipiellen Begehren, soweit sie sich auf die bei F. Jäggi & Cie. in Bern liegenden 20,800 Fr. beziehen, beruhen, wie die Klagebegründung bestätigt, auf der Behauptung, daß diese Summe der Rest des unverteilten Nachlasses des Friedrich Sprünglin sei, während die eventuellen Begehren diesbezüglich davon ausgehen, daß der fragliche Betrag einen Teil der dem Maurice-Walter Perret zugewiesenen Erbquote bilde. Gleichzeitig mit der Klage stellten Constance und Gaston Perret an den Gerichtspräsidenten von Zofingen das Gesuch, derselbe wolle: „1. Den Herren „F. Jäggi & Cie., Notare in Bern, Kenntnis davon geben, daß „vor dem Bezirksgericht Zofingen zwischen den in der Rubrik „genannten Klägern und Beklagten Streit darüber geführt werde, „wem der in ihren Handen liegende Teil des Nachlasses des „1877 in Hâvre verstorbenen F. Sprünglin gehöre. 2. Den „Herren F. Jäggi & Cie. zugleich anzeigen, daß ihnen bei eigener „Verantwortlichkeit untersagt sei, den fraglichen Vermögensanteil, „so lange der waltende Streit nicht rechtskräftig entschieden ist, „dem einen oder andern der streitenden Teile auszuhändigen." Mit Verfügung vom 30. April 1896 erließ der Gerichtspräsident von Zofingen die nachgesuchte Verfügung. Hiegegen erhob Maurice-Walter Perret Rekursbeschwerde beim aargauischen Ober-

gerichte mit der Begründung, dieselbe sei von einem unzuständigen Richter erlassen worden, weil der aargauische Richter nicht Provisorien über Gegenstände erlassen könne, die in einem andern Kanton liegen, und weil der verfügende Richter zur Beurteilung der Hauptsache, einer Statusklage, nicht kompetent gewesen sei; zudem stelle die angefochtene Verfügung einen verschleierten Arrest dar. Das Obergericht des Kantons Aargau wies die Rekursbeschwerde mit Urteil vom 13. November 1896 ab, indem es im wesentlichen ausführte: Ob die bei F. Jäggi & Cie. in Bern liegende Summe von 20,800 Fr. als noch unverteilter Rest des Sprünglin'schen Nachlasses oder als Rest des den Rekurrenten durch die freilich von den Klägern nicht anerkannte, Teilung zugeschiedenen Erbteiles angesehen werde, in beiden Fällen bilde sie einen Gegenstand des zwischen Parteien waltenden Streites. Nach § 83 der aarg. Prozeßordnung aber sei der Gerichtspräsident berechtigt und auf Begehren einer Partei verpflichtet, dafür zu sorgen, daß am Streitgegenstand vom Besitzer nicht wesentliche Veränderungen vorgenommen würden, und für die Sicherung desselben die erforderlichen Maßnahmen zu treffen. Danach erscheine es aber als gerechtfertigt, daß den F. Jäggi & Cie., die die fragliche Summe im Namen der Beklagten bezw. des Rekurrenten besäßen, verboten worden sei, dieselbe vor Erledigung des Streites an jemand herauszugeben. Was speziell die Einrede der Nichtzuständigkeit des Richters anbelange, so sei im Urteil über die Hauptsache nachgewiesen, daß das Bezirksgericht Zofingen für diese kompetent sei; daraus folge aber, daß der den Prozeß instruierende Gerichtspräsident befugt sei, eine Verfügung zur Vollziehung des § 83 der Prozeßordnung zu treffen. Auch der Vorwurf treffe nicht zu, daß die angefochtene Verfügung ein verschleierter Arrest sei und deshalb angesichts des Art. 59 B.-V. nicht aufrecht erhalten werden könne; denn es handle sich um eine streitige Sache, für deren Behandlung § 83 der aarg. Prozeßordnung maßgebend sei.

C. Gegen diesen, dem Maurice-Walter Perret am 22. Dezember 1896 zugestellten Entscheid hat Namens desselben Fürsprech Isler in Aarau am 27. Januar 1897 den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht ergriffen. In der Beschwerdeschrift

wird zunächst erklärt, der Rekurrent stütze sich nicht auf die Unzuständigkeit des Gerichtspräsidenten, in der Streitsache überhaupt und ohne Rücksicht auf ihren Inhalt eine Verfügung zu erlassen; vielmehr sei die Frage der Zuständigkeit des Bezirksgerichtes Zofingen zur Beurteilung der Hauptsache und damit des dortigen Bezirksgerichtspräsidenten zum Erlaß von Verfügungen in derselben für einmal in verfassungsmäßiger Weise zu Gunsten der Kläger erledigt. Dagegen werde daran festgehalten, daß der Gerichtspräsident von Zofingen sich zu einer Art von Verfügung habe bewegen lassen, die nichts anderes als ein verschleierter Arrest sei gegen einen Bürger, der Schweizer sei, aufrecht stehe und in der Schweiz eine feste Wohnung habe, und gelegt auf Vermögen, das er außer dem Kanton besitze, in dem er wohne. Der Anspruch der Kläger auf die mehrerwähnten 20,800 Fr. sei kein Eigentumsanspruch und könne auch kein solcher sein. Der betreffende Betrag sei nicht eine Erbsquote, sondern freies, allgemeines Vermögen des Rekurrenten; stellte er aber auch einen Teil seiner Erbsquote dar, so wäre er, wie die Kläger selbst nicht bestritten, rechtmäßig dem Rekurrenten ausgehändigt worden und damit sein volles und wahres Eigentum geworden. Die Klage gehe denn auch überhaupt nicht auf einzelne Stücke, sondern es stelle sich dieselbe als eine auf Auszahlung des Äquivalents ihres Erbschaftsanteiles gerichtete Forderungsklage dar. Speziell der Anspruch, daß den Klägern die bei F. Jäggi & Cie. liegenden 20,800 Fr. überlassen würden, sei kein Eigentumsanspruch und könne nicht als solcher begründet werden. Wenn es geschehen wollte, so geschehe es lediglich zum Scheine, und es läge darin der Versuch, sich für eine laufende Forderung eine Sicherheit zu verschaffen, eine Beschlagnahme auszuführen. Und bei diesem Versuche werde entfernt nicht etwa unternommen darzuthun, daß es sich um einzelne bestimmte Titel oder sonstige Valoren, um einen species, um certa corpora handle, die von dem Nachlasse des Friedrich Sprünglin herrühren und an denen den Klägern ein wirkliches Miteigentumsrecht zustehe; denn der Rest eines ererbten Vermögens — worauf die Klage gehe — sei keine species, sondern eine Qualität, eine verbrauchbare und vertretbare Sache. Dann liege aber in der Verfügung des Gerichtspräsidenten von Zofingen

vom 30. April 1896 ein Arrest. Damit sei auch der Grund widerlegt, auf den das Obergericht in seinem Urteil abstelle, nämlich daß es sich um die Sequestration einer streitigen Sache handle. Bei der Klage auf Bezahlung einer Geldsumme seien nicht einzelne Vermögensstücke die streitige Sache, sondern streitig sei lediglich das Recht des Klägers, die eingeklagte Zahlung vom Beklagten zu verlangen. Einzelne Vermögensstücke des Beklagten könnten in einem Prozesse zur streitigen Sache nur dann werden, wenn die Klage auf die Aushingabe dieser einzelnen Stücke gerichtet sei, und natürlich, nicht nur zum Scheine, zur Fingierung der Litigiosität, sondern wirklich und mit Nachweisen gerichtet werde. Der § 83 der aarg. Prozeßordnung enthalte nicht die Vorschrift, daß das Vermögen eines Beklagten ganz oder teilweise zur streitigen Sache werde; sondern er stelle nur die allgemein geltende Regel auf, daß wenn die Klage auf eine bestimmte, nicht vertretbare Sache gerichtet werde, diese Sache nicht mehr veräußert werden solle. Sei aber die fragliche Verfügung ein Arrest, so falle sie unter Art. 59 B.-V. und müsse, da die übrigen Voraussetzungen für die dort ausgesprochene Garantie des Gerichtsstandes des Wohnsitzes des Schuldners zuträfen, aufgehoben werden, was denn auch zum Schlusse beantragt wird.

D. Die Rekursbeklagten, vertreten durch Fürsprech Villiger in Lenzburg, schließen zunächst auf Nichteintreten, was damit begründet wird, daß das ihnen zugestellte Doppel der Rekursschrift keine Unterschrift trage, und sodann auf Abweisung des Rekurses, indem sie namentlich auf die Klagsschlüsse und die Begründung derselben verweisen, wonach die 20,800 Fr. von den Klägern in erster Linie als Rest der von Friedrich Sprünglin hinterlassenen Erbschaft für sich in Anspruch genommen würden; wäre übrigens auch, wird beigefügt, dem Rekurrenten sein Erbteil im Jahre 1892 zugeschieden worden, so daß die 20,800 Fr. als Rest desselben zu betrachten wären, so würde dies an der Sache nichts verändern. Die Rekursbeklagten nähmen dieses Vermögen als Teil des Nachlasses des Friedrich Sprünglin, das in die Teilung falle und ihnen auf Rechnung ihres Erbteiles zukommen müsse, in Anspruch; sie bezeichneten dasselbe nicht nur im Contexte, sondern auch in den Schlüssen als bei F. Jäggi & Cie. befindlichen Teil des

Vermögens des F. Sprünglin, und hätten für die Richtigkeit der Bezeichnung auch Beweise beantragt. Es handle sich also nicht um einen persönlichen Forderungsstreit, sondern um eine Erbschaftsklage. Dann sei aber auch durch die Verfügung des Gerichtspräsidenten von Zofingen vom 30. April 1896 nicht Vermögen des Rekurrenten mit Sequester belegt, sondern es sei dadurch lediglich streitiges Vermögen aus dem Nachlasse des Friedrich Sprünglin für die Dauer des Prozesses der Verfügung der Parteien entzogen worden, und zu einer solchen Maßnahme sei der genannte Richter gemäß § 83 der aarg. Prozeßordnung kompetent gewesen. Unter Sache, im Sinne dieser Bestimmung, verstehe das aargauische Recht alles, was Gegenstand eines Rechtes oder rechtlicher Handlungen sein könne (§ 413 allg. bürgerl. Gesetzbuch); und als solche sei auch der Inbegriff mehrerer besonderer Sachen einer Gesamtsache (§ 428 a. b. G.), wozu auch eine Erbschaft gehöre, anzusehen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Umstand, daß das eine Doppel der Rekursschrift keine Unterschrift trägt, vermag den Nichteintretensschluß der Rekursbeklagten schon deshalb nicht zu rechtfertigen, weil das andere Doppel mit der Unterschrift des bevollmächtigten Anwaltes des Rekurrenten versehen ist; denn daraus geht klar hervor, daß man es lediglich mit einem Versehen zu thun hat, das nicht genügt, um den Rekurs als einen nicht formgemäßen erscheinen zu lassen.

2. Der Rekurrent gibt selbst zu, daß die von den Rekursbeklagten erhobene Klage, soweit sie auf Anerkennung des Rechtes der Kläger gerichtet ist, als Miterben zur Teilung des Sprünglin'schen Nachlasses zugelassen zu werden, erbrechtlichen Charakter hat. Dagegen behauptet er, daß mit der Klage, soweit damit die Herausgabe der von ihm und seinen Geschwistern bezogenen Erbteile verlangt wird, eine persönliche Forderung geltend gemacht werde, indem die Kläger nicht etwa bestimmte Sachen als zur Erbschaft gehörend zu Miteigentum beanspruchten, sondern eine gewisse Geldsumme als Äquivalent für ihren Anteil an dem von dem Beklagten unrechtmäßiger Weise ganz zu Handen genommenen Nachlaß einforderten. Insofern habe man es mit einem

unter dem Schutz des Art. 59 B.-V. stehenden persönlichen Anspruch zu thun. Daraus folge aber, daß für diesen Anspruch, soweit er gegen den Rekurrenten gerichtet sei, dessen bei F. Jäggi & Cie. in Bern liegendes Vermögen nur durch den Richter seines Wohnsitzes mit Beschlag hätte belegt werden dürfen und es müsse die Verfügung des Gerichtspräsidenten von Zofingen vom 30. April 1896, da sie die Sicherung einer persönlichen Forderung durch Beschlagnahme von freiem Vermögen des Rekurrenten bezwecke und somit als verschleierter Arrest zu betrachten sei, als verfassungswidrig aufgehoben werden. Diese Argumentation würde wohl als zutreffend zu bezeichnen sein, wenn die Klage davon ausginge, daß wirklich der ganze Nachlaß des Friedrich Sprünglin von den Kindern des Alexis Perret, den im Hauptprozesse Beklagten, aufgeteilt worden sei und daß den Klägern lediglich ein Anspruch auf Erstattung des Wertes des von dem Beklagten zu viel bezogenen zustände; denn dann wäre wohl zu sagen, daß die Realisierung des Klagsanspruches, falls er anerkannt würde, auf gleiche Art gesucht werden müßte, wie diejenige eines persönlichen Anspruches, und daß deshalb auch eine die Realisierung sichernde Maßnahme auch nur unter den Voraussetzungen getroffen werden könnte, unter denen eine solche für eine persönliche Forderung getroffen werden darf. Allein die Kläger nehmen nun nicht diesen Standpunkt ein; vielmehr behaupten sie, daß wenigstens noch ein Teil des Sprünglin'schen Nachlasses in der Verwaltung von F. Jäggi & Cie. in Bern vorhanden sei, und sie erheben denn auch in den prinzipalen und den eventuellen Klagsbegehren den Anspruch, daß vorab dieser Rest als ihnen gehörend anerkannt bezw. ihnen überlassen werde. Es wird also dieses Vermögen von den Klägern direkt kraft ihrer Erbberechtigung beansprucht, und zwar sowohl in den prinzipalen als in den eventuellen Klagsbegehren, die in dieser Richtung nur insofern auseinandergehen, als die 20,800 Fr. nach den erstern als Rest des unverteilten Nachlasses, nach den letztern als Rest der dem Rekurrenten zugewiesenen, aber von ihm noch nicht bezogenen Quote in Anspruch genommen werden. Von beiden Standpunkten aus also muß das fragliche Vermögen als Bestandteil des Streitgegenstandes und somit als litigios betrachtet

werden. Dann kann aber in der angefochtenen Verfügung des Gerichtspräsidenten von Zofingen keineswegs eine mit Art. 59 B.-V. nicht vereinbare Beschlagnahme von Vermögen des Rekurrenten zum Zwecke der Sicherung eines persönlichen oder eines wie ein persönlicher zu realisierenden Anspruches erblickt werden, sondern es stellt sich dieselbe als eine die Erhaltung des Streitgegenstandes bezweckende prozessualische Maßnahme dar, zu welcher der in der Sache zuständige Richter vom bundesrechtlichen Standpunkte aus zweifellos kompetent war und deren weitere Voraussetzungen sich lediglich nach dem kantonalen Prozeßrechte, speziell § 83 der aargauischen Prozeßordnung, richteten. Gleichgültig ist es dabei für die bundesrechtliche Beurteilung der Kompetenzfrage, aus was der von den Klägern beanspruchte Rest des Sprünglin'schen Nachlasses bestehe, ob aus bestimmten, speziell bezeichneten, oder aus verbrauchbaren und vertretbaren Sachen, oder aus Forderungen, die dem Erblasser zugestanden sind, oder gar nur aus einem Kontokorrent-Guthaben an die Nachlaßverwalter; denn diese Verschiedenheiten bedingen nur, im Falle des Obsiegens der Kläger, eine verschiedene Art der Zuweisung, vermögen aber auf die Natur des Anspruches, als eines auf die betreffenden Nachlaßbestandteile selbst gerichteten keinen Einfluß auszuüben. Ebensowenig kommt vom verfassungsrechtlichen Gesichtspunkte aus darauf etwas an, daß die Beklagten des Hauptprozesses das thatsächliche Klagfundament, auf das gestützt die Kläger die 20,800 Fr. für sich beanspruchen, bestreiten, indem sie verneinen, daß jenes Vermögen den Rest des unverteilten Nachlasses oder der dem Rekurrenten zugewiesenen Nachlaßquote sei. Denn maßgebend für die Natur des eingeklagten Anspruches und, soweit dieser hievon abhängt, für den Gerichtsstand, sind lediglich die Klagsanbringen, und darauf, ob diese gänzlich oder zum Teil bestritten werden, kann nichts ankommen; vielmehr ist es denn Sache einläßlicher Prüfung, zu entscheiden, ob der Anspruch, wie er geltend gemacht und begründet wurde, zu schützen sei (vergl. den Entscheid des B.-G. i. S. Germann, Amtl. Samml., Bd. IX, S. 33 f.). Nur dann könnte hievon abgegangen werden, wenn es sich ergeben würde, daß die Form, in die die Klage gekleidet wurde, und die thatsächliche Begründung,

auf der sie beruhte, nur zum Zwecke der Verrückung des verfassungsmäßigen Gerichtsstandes vorgeschoben worden sind. Hievon kann aber vorliegend keine Rede sein, da nichts dafür spricht, daß absichtlich die Kläger den Sachverhalt, aus dem sie ihren Anspruch auf die 20,800 Fr. herleiten, unrichtig dargestellt hätten. Man hat es also auch nicht etwa mit einem durch vorgeschobene Anbringen von einem unzuständigen Richter ausgewirkten Arrest zu thun, sondern es ist daran festzuhalten, daß es sich lediglich um eine die Sicherung eines Teiles des Streitgegenstandes bezweckende prozessualische Verfügung handelt, zu deren Erlaß der sachzuständige Richter verfassungsmäßig nicht inkompetent war.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird abgewiesen.

V. Vollziehung kantonaler Urteile. — Exécution de jugements cantonaux.

12. Urteil vom 4. März 1897 in Sachen Lippold.

A. Witwe K. Schenker in Luzern betrieb die damals in Montreux wohnende Frau J. Lippold. Diese erhob Rechtsvorschlag. Die Gläubigerin erhielt provisorische Rechtsöffnung (Art. 82 Schuldbetr. u. Konk.-Ges.). Die Betriebene klagte auf Aberkennung der Forderung. Das Bezirksgericht Vevey sprach, da die Gläubigerin zu den Gerichtsverhandlungen nicht erschienen war, durch Kontumazialurteil vom 12. Oktober 1895 diese Klage zu und verurteilte Frau Schenker zu den Gerichts- und Parteikosten. Die Kostennote des Anwaltes der Frau Lippold wurde auf den Rekurs der Frau Schenker hin vom Präsidenten des waadtländischen Kantonsgerichts reduziert. In ihrem diesbezüglichen Rekurse hatte Frau Schenker alle ihre Rechte gewahrt und die Moderation wurde vom Präsidenten auch in Anerkennung dieser Verwahrung vollzogen.

B. Für obigen Kostenbetrag betrieb nun Frau Lippold ihrerseits Frau Schenker in Luzern. Der Rechtsvorschlag der Betriebenen wurde durch Rechtsöffnungsentscheid des Gerichtspräsidenten von Luzern beseitigt. Gegen diesen Entscheid rekurrierte Frau Schenker an die Justizkommission des Obergerichts des Kantons Luzern, indem sie die Rechtskraft und Vollziehbarkeit des Urteils des Bezirkspräsidenten von Vevey bestritt. Die angerufene Behörde veranlaßte Frau Lippold, zunächst beim Obergericht ein Gesuch um Vollziehbarkeitserklärung des Präsidialurteiles zu stellen. Dieses Gesuch wies das Obergericht ab, weil die in der Präsidialerkenntnis verurteilte Person weder in gesetzlicher Form zu den betreffenden gerichtlichen Verhandlungen geladen, noch ihr die Erkenntnis mitgeteilt worden sei. Aus den von Frau Lippold aufgelegten Akten gehe nämlich nicht hervor, daß die angeblich erfolgte Citation durch chargierten Brief die Rekurrentin erreicht habe. Da Frau Schenker keineswegs unbekannten Aufenthaltes sei, sei eine solche Vorladung vom Gesetze vorgeschrieben. Auch das Urteil hätte an die Adresse der Frau Schenker nach Luzern geschickt werden müssen. Das ordentliche gesetzliche Verfahren habe auch nicht durch eine allfällige Kenntnisnahme von Vorladung und Urteil durch einen gewissen in Vevey wohnenden Vertreter der Frau Schenker ersetzt werden können, da letztere diesem Vertreter bloß Betreibungsvollmacht erteilt haben wolle. Infolge dieses obergerichtlichen Entscheides hob die Justizkomkommission die Rechtsöffnungserkenntnis des Gerichtspräsidenten von Luzern auf.

C. Frau Lippold hat beim Bundesgericht die Aufhebung der Urteile des Obergerichts und der Justizkommission beantragt. Rekurrentin erblickt in der Weigerung des Obergerichts, den Entscheid des Gerichtspräsidenten von Vevey vom 12. Oktober 1895 vollstreckbar zu erklären und in der damit zusammenhängenden Aufhebung der von ihr erwirkten Rechtsöffnung eine Verletzung des Art. 61 B.-V. Der Entscheid vom 12. Oktober 1895 sei rechtskräftig und damit auch das Moderationserkenntnis betreffend die Parteikosten. Frau Schenker sei nämlich den Gesetzen des Kantons Waadt entsprechend vorgeladen und es sei ihr überdies die erste Vorladung durch die Post direkt zugestellt worden, wie

aus der von der Rekurrentin beigelegten Vorladung zu ersehen sei (pour vous être notifié... par un double adressé directement à Lucerne sous pli chargé). Die Mitteilung des betreffenden Urteils sei ebenfalls nach Vorschrift des waadtländischen Gesetzes erfolgt. Zum Überfluß habe Frau Schenker durch einen Brief des Gerichtspräsidenten von Vevey Anzeige des Urteils erhalten. Auch habe ihr Vertreter in Vevey den Prozeß nicht ignorieren können und sei befugt gewesen, ihre Interessen im Aberkennungsverfahren zu wahren. Gegen das Urteil vom 12. Oktober 1895 habe Frau Schenker kein Rechtsmittel ergriffen.

Die Rekursbeklagte hat die Abweisung des Rekurses begehrt: Frau Lippold sei zur Beschwerdeführung nicht legitimiert, da sie unter Vormundschaft ihres Ehemannes stehe. Im weitern habe Frau Schenker von dem ganzen Aberkennungsverfahren vor den waadtländischen Gerichten nichts erfahren, bis ihr im Jahre 1896 der Gerichtspräsident von Vevey die Kostennote des Anwaltes der Frau Lippold übermittelte. Seither habe Frau Schenker dann vor der Anhebung der Betreibung in Luzern nichts mehr erhalten. Das Gesuch um Vollstreckung habe das Obergericht mit Recht abgewiesen. Die für gerichtliche Vorladungen bestehenden waadtländischen Gesetzesbestimmungen seien nicht beobachtet worden. Zur Vertretung im Prozesse habe der in Vevey wohnhafte Vertreter der Rekursbeklagten keine Vollmacht erhalten. Die Citation, welche Frau Schenker durch die Post erhalten habe, betreffe eine andere Streitsache. Vollständig unwahr sei, daß das Urteil ihr durch briefliche Anzeige des Gerichtspräsidenten von Vevey mitgeteilt worden sei. Maßgebend für die Art der Vorladungen, Zustellungen von Klagen und Urteilen sei übrigens das luzernische Recht. Dieses Recht (§ 81 Abs. 2, §§ 86 und 200 C.-R.-V.) sei nicht beobachtet worden. Die Rekursbeklagte beruft sich auf Art. 61 B.-V., Art. 81, Abs. 2 Betr.-Ges., sowie auf das Urteil des Bundesgerichtes vom 19. April 1894 in Sachen Summermatter (Amtl. Samml., Bd. XX, S. 294, Erw. 4).

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die vor den luzernischen Gerichten erfolgten Rechtshandlungen, Rechtsöffnung, Verfahren vor der Justizkommission und dem Obergerichte, betrafen die nämliche Streitsache wie der jetzige

Rekurs. Da sie in jenen Rechtshandlungen die Legitimation der Rekurrentin nicht bestritt, kann die Rekursbeklagte dieselbe auch hier nicht mehr beanstanden.

2. Die Kompetenz der waadtländischen Gerichte zur Beurteilung der Aberkennungsklage ist nicht bestritten und nicht bestreitbar. Es fragt sich also einzig, ob dem Urteil des Gerichtspräsidenten von Vevey die Rechtskraft deshalb abgehe, weil die Rekursbeklagte nicht in gesetzlicher Form vorgeladen und ihr das Urteil nicht in dieser Form zugestellt wurde.

3. Nach Bundesrecht sind aber Vorladungen vor Gericht von Personen, die in einem andern Kanton als dem des betreffenden Gerichts wohnen, gemäß den gesetzlichen Formen ihres Wohnkantons zu erlassen und Urteile, die gegen solche Personen ohne Beobachtung dieser Formen ergehen, haben keinen Anspruch auf Rechtskraft und Vollzug in andern Kantonen (Amtl. Samml., Bd. XVIII, S. 451, Erw. 2; XX, S. 293; XIX, S. 731).

4. Das Obergericht des Kantons Luzern hat nun vorliegend erklärt, die Citation der Rekursbeklagten und die Urteilsmitteilung an dieselbe seien nicht in einer nach luzernischem Rechte genügenden Form erfolgt. Diese Erklärung beruht auf Auslegung des kantonalen Gesetzesrechtes und die ihr zu Grunde gelegten Thatsachen sind aktengemäß. Sie entzieht sich also nach bekanntem Grundsatze der Nachprüfung durch das Bundesgericht. Aus den Akten geht insbesondere hervor, daß den waadtländischen Gerichten die Adresse der Rekursbeklagten, d. h. der damaligen Beklagten, bekannt war. Übrigens hatte die Rekurrentin, als Klägerin, selbst von dieser Adresse Kenntnis und es wäre ihre Pflicht gewesen, dieselbe den Gerichten mitzuteilen. Endlich ist die Thatsache, daß sich die jetzige Rekursbeklagte beim Präsidenten des waadtländischen Kantonsgerichtes über die Kostenrechnung ihrer Gegenpartei beschwerte, hier ohne rechtliche Bedeutung. Sie verwahrte nämlich dabei alle ihre Rechte und es wurde hievon Akt genommen.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird abgewiesen.

Zweiter Abschnitt. — Deuxième section.

Bundesgesetze. — Lois fédérales.

I. Civilstand und Ehe. — Etat civil et mariage.

13. Urteil vom 31. März 1897 in Sachen Bachmann.

A. Am 1. Mai 1890 verehelichte sich Ernst Bachmann von Hinweil, Kantons Zürich, mit Josephine Niederist von Hard-Wülflingen, Kantons Zürich. Der erste eheliche Wohnsitz befand sich in Hard-Wülflingen. Von da verlegten die Eheleute Bachmann ihren Wohnsitz nach Blaichach in Bayern. Im Jahre 1895 kehrte die Ehefrau in die Schweiz zurück. Nachdem sie einem, auf den Antrag des Ehemannes am 6. September 1895 durch das Amtsgericht Immenstadt, erlassenen Rückkehrsbefehl keine Folge geleistet hatte, erhob der Ehemann die Ehescheidungsklage, worauf durch Urteil des Landgerichts Kempten vom 21. März 1896 die Ehescheidung, wegen böslicher Verlassung von Seite der Ehefrau ausgesprochen wurde.

B. Mit Eingabe vom 25. August 1896 ersuchte Dr. Weisflog in Altstätten-Zürich Namens des Ehemannes Bachmann, unter Vorlegung des angeführten Scheidungsurteiles und eines Rechtskraftzeugnisses, sowie unter Berufung auf die §§ 510 und 511 des zürch. Rechtspflege-Gesetzes die Justizdirektion des Kantons Zürich um Anordnung der Eintragung dieses Urteils in die Civilstandsregister von Hinweil und Wülflingen und um Ausstellung eines Zeugnisses, daß der Wiederverehelichung Bachmanns

nichts mehr im Wege stehe. Das Gesuch wurde mit der Begründung abgewiesen, daß nach Art. 43 des Bundesgesetzes betreffend Civilstand und Ehe, wie er durch den Bundesrat ausgelegt werde, Ehen von Schweizern nur in der Schweiz und nicht durch ausländische Gerichte geschieden werden können. Gegen die abweisende Verfügung der Justizdirektion von Zürich hat Dr. Weisflog Namens des Bachmann, soweit es die Anmerkung des Scheidungsurteils in den Civilstandsregistern betrifft, den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht ergriffen. Im Eingange des Rekurses wird bemerkt, daß derselbe auf Art. 189, Abs. 3 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege gestützt werde. Zur Begründung wird angebracht: Die angefochtene Verfügung widerspreche dem Art. 43 des schweizerischen Civilstands- und Ehegesetzes. In Art. 43, Abs. 2 sei nur gesagt, die Klage „kann" beim Abgang eines Wohnsitzes in der Schweiz am letzten Wohnort oder dem Heimatort angebracht werden, nicht aber sie „muß" angebracht werden oder sie „ist" anzubringen. Mit dem „kann" wolle ausgedrückt werden, daß schweizerische Eheleute, welche im Auslande wohnen, sich dieser Gerichtsstände bedienen können, wenn die ausländischen Gerichte ihre Ehescheidungsklagen nicht an die Hand nehmen wollen oder wenn die betreffenden Eheleute es vorziehen, in der Schweiz zu klagen. Für diesen Sinn spreche die Entstehungsgeschichte des Art. 43. Die Folge der Fixierung eines exclusiven Gerichtsstandes für solche Ehescheidungsklagen wäre, daß schweizerische Eheleute im Auslande in dieser Beziehung schlechter gestellt wären, als die Ausländer in der Schweiz. Übrigens sei schon die Kompetenz des Bundes zur Aufstellung eines ausschließlichen Gerichtsstandes für die in der Schweiz domizilierten Eheleute nicht außer Zweifel, weil es sich um eine prozeßrechtliche Frage handle, deren Regelung den Kantonen zustehe; noch weniger sei die Kompetenz vorhanden, für die im Ausland domizilierten Ehegatten einen solchen dauernden Gerichtsstand in der Schweiz zu bezeichnen. Ueber die andere Frage sodann, ob Scheidungsurteile ausländischer Gerichte in der Schweiz anerkannt werden müssen, schweige das Bundesgesetz vollständig. Aus diesem Stillschweigen dürfe nicht der Schluß gezogen werden, daß schwei-

zerische Ehegatten im Auslande ihre Klage nicht beim dortigen Richter anbringen dürfen. Sondern man habe die Regelung dieser Frage, weil sie prozeßrechtlicher Natur sei, den Kantonen überlassen wollen. Es werde zugegeben, daß die kantonalrechtliche Regelung der Frage unter Umständen Schwierigkeiten im Gefolge haben könnte. Das sei aber kein Grund, den Art. 43 in der angefochtenen Weise zu interpretieren. Zum Schlusse wird die Abhandlung von Prof. v. Salis über die streitige Bestimmung (in der Zeitschrift für schweiz. Recht, N. F., Bd. VIII, S. 45—64) als integrierender Bestandteil des Rekurses erklärt.

C. Die Justiz- und Polizeidirektion des Kantons Zürich hat auf diesen Rekurs Folgendes erwidert: Nach § 14 des zürcherischen Gesetzes über die Geschäftsordnung des Regierungsrates stehe dem Bachmann gegen die abweisende Verfügung der Justizdirektion der Rekurs an den Regierungsrat offen, und es hätte deshalb zunächst dieses Rechtsmittel ergriffen werden sollen. Sie verlange jedoch nicht Abweisung des Rekurses aus diesem Grunde, weil voraussichtlich der Regierungsrat ihre Stellungnahme sanktionieren würde und ihr zudem an einem materiellen Entscheide mehr gelegen sei. Die Justizdirektion habe Frau Bachmann zur Äußerung in Sachen veranlaßt und es habe dieselbe zu Protokoll erklärt, daß sie gegen die Scheidung protestiere und Abweisung der Begehren des Dr. Weisflog verlange. Die Justizdirektion ihrerseits müsse an ihrer Verfügung festhalten. Was dieselbe mit dem Bundesgesetz über die civilrechtlichen Verhältnisse zu thun habe, vermöge sie nicht einzusehen. Sie verweise auf die Begründung der Verfügung. Insbesondere hebe sie die dort citierte Stelle: Bundesblatt 1894, II, pag. 15, auch hier speziell hervor. Bei so entschiedener Stellungnahme des Bundesrates stehe es ihr nicht zu, zu prüfen, ob diese Auslegung des eidgenössischen Civilstandsgesetzes richtig sei, sie habe dieselbe einfach anzuwenden. Würde sie davon abweichen, so würde sie sich der Gefahr aussetzen, daß die Verfügung beim Weiterzug als der Bundespraxis entgegenlaufend aufgehoben würde. Sie würde aber durch entsprechenden Bescheid auch Zustände schaffen, die nach verschiedenen Seiten, speziell in heimatrechtlicher Beziehung, Schwierigkeiten bieten würden. Was das zürcherische Recht anbelange, so anerkenne

§ 510 des Rechtspflegegesetzes allerdings unter gewissen Voraussetzungen ausländische Scheidungsurteile betreffend zürcherische Kantonsbürger. In Anbetracht des oben Gesagten habe sie jedoch von einer Prüfung im Sinne dieser Bestimmung Umgang genommen und es auch nicht für nötig gefunden, den Fall den zürcherischen Gerichten zur Entscheidung vorzulegen, und zwar um so weniger, als in den Erwägungen eines Beschlusses der Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes (abgedruckt in den handelsrechtlichen Entscheidungen 1895, Band XIV, S. 165) folgendes gesagt sei:

„Erheblich ist vielmehr der Umstand, daß von Seite der höchsten schweizerischen Administrativbehörde in Auslegung des Art. 43 des citierten Bundesgesetzes ausgesprochen wurde, es sei kein ausländisches Gericht kompetent, Ehescheidungsklagen zwischen Schweizerbürgern zu beurteilen (Entscheidung des Schweiz. Bundesrates, B.-B. 1888, II, 774). Dieser Rechtssatz steht nicht in Widerspruch mit dem geltenden Bundesrechte und wurde auch vom Bundesgerichte als bei Scheidungsprozessen anwendbar erklärt (Entscheidung i. S. Eheleute Schönlen vom 17. Mai 1889, Band XV, Nr. 21)." Soeben gehe noch der zürcherischen Regierung eine Zuschrift des eidgenössischen Justizdepartementes vom 10. Dezember 1896 zu, welche folgenden Passus enthalte:

„Wenn es sich dagegen um ausländische Scheidungsurteile über schweizerische Angehörige handelt, so ist deren Anerkennung seitens der schweizerischen Behörden nach dem Gesetze unmöglich. Wir verweisen in dieser Beziehung auf die Ausführungen in den Geschäftsberichten unseres Departementes pro 1887, 1891 und 1893."

Demgemäß beantragt die Justizdirektion Abweisung des Rekurses.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Es frägt sich vor allem aus, ob das Bundesgericht zur Beurteilung des Rekurses kompetent sei. Darüber ist zu bemerken: Die angefochtene Verfügung der Justiz- und Polizeidirektion des Kantons Zürich geht dahin, es werde die Eintragung des von Bachmann vorgelegten ausländischen Scheidungsurteiles in die Civilstandsregister von Hinweil und Wülflingen verweigert. Gegen den

zweiten Teil der Verfügung, wodurch die Ausstellung eines Zeugnisses behufs Wiederverehelichung abgelehnt wurde, hat Bachmann nicht rekurriert. Der Rekurrent will die Kompetenz des Bundesgerichtes aus Art. 189, Abs. 3 des Gesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893 herleiten, wonach der Rechtssprechung des Bundesgerichtes alle aus Bundesgesetzen sich ergebenden Gerichtsstandsfragen vorbehalten sind. Die Justiz- und Polizeidirektion des Kantons Zürich hat dieses Citat irrtümlich auf Art. 180, Ziffer 3 des angeführten Bundesgesetzes bezogen und sich deshalb über die Kompetenzfrage nicht in zutreffender Weise geäußert. Um eine Gerichtsstandsfrage handelt es sich nun aber im vorliegenden Falle nicht. Aus der Begründung der angefochtenen Verfügung ergiebt es sich, daß die zürcherische Justiz- nnd Polizeidirektion dieselbe in der Eigenschaft als Aufsichtsbehörde über die Civilstandsregisterführung getroffen hat. Der Gegenstand derselben bildet die Frage, ob eine anbegehrte Eintragung oder Vormerkung in den Civilstandsregistern vorzunehmen sei. Hierüber haben aber die Aufsichtsbehörden im Civilstandswesen zu entscheiden. Will sich ein Beteiligter bei den Verfügungen oder Entscheidungen der kantonalen Behörden nicht beruhigen, so kann er an den Bundesrat rekurrieren. Nach Art. 189, Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893 sind vom Bundesrat oder der Bundesversammlung zu erledigen Beschwerden betreffend die Anwendung der auf Grund der Bundesverfassung erlassenen Bundesgesetze, soweit nicht diese Gesetze selbst oder das Organisationsgesetz abweichende Bestimmungen enthalten. In Art. 12 des Bundesgesetzes vom 24. Dezember 1874 betreffend Feststellung und Beurkundung des Civilstandes und die Ehe wird dem Bundesrat die Oberaufsicht über die Vollziehung dieses Gesetzes zugewiesen und diese umfaßt auch die Beurteilung von Beschwerden in Einzelfällen gegen Verfügungen und Entscheidungen der kantonalen Aufsichtsbehörden in Civilstandssachen (cfr. die eingehende Motivierung des Bundesrates im Entscheide vom 19. Mai 1890 i. S. Corragioni d'Orelli, B.-B. 1891, II, 557). So weit aber die Kompetenz des Bundesrates reicht, ist für eine Kompetenz des Bundesgerichtes kein Raum vorhanden. Es ist zwar richtig, daß die Verfügung der

zürcherischen Justizdirektion auf Art. 43 des Bundesgesetzes betreffend Civilstand und Ehe gestützt wird, also auf diejenige Vorschrift, welche den Gerichtsstand in Ehescheidungssachen festsetzt. Dadurch scheint die Behauptung, daß eine Gerichtsstandsfrage vorliege, eine gewisse Berechtigung zu erhalten. Maßgebend für die Natur des Anstandes und die Zulässigkeit des Rechtsmittels ist jedoch vorliegend der Gegenstand des gestellten Begehrens und der getroffenen Verfügung, nicht die Motivierung der letztern. Es finden sich allerdings in der Organisation der Bundesrechtspflege Fälle, bei welchen sich die Zulässigkeit des Rekurses an das Bundesgericht u. a. nach dem Umstande bestimmt, ob die Entscheidung auf eidgenössisches oder kantonales Recht gestützt werde. Hier kann also das Motiv der Entscheidung für die Kompetenz von Bedeutung sein. Dieser Gesichtspunkt ist aber kein allgemein durchgreifender und für die Kompetenzausscheidung zwischen Bundesrat und Bundesgericht nicht zutreffend. Daß hier keine Gerichtsstandsfrage im Sinne von Art. 189, Al. 3 O.-G. vorliegt, wie der Rekurrent annimmt, ergibt sich überdies auch aus der Art der rechtlichen Wirkungen, welche die in Frage stehende Verfügung hat. Wird dieselbe bestätigt oder aufgehoben, so folgt daraus nicht der Wegfall oder die Begründung eines bestimmten Gerichtsstandes, sondern einzig und allein die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit einer Vormerkung im Civilstandsregister. Eine solche Vormerkung hat nun aber nicht die Wirkung, daß sie die betreffenden Rechtsverhältnisse in unabänderlicher Weise feststellt. Ebenso wenig hat ihre Ablehnung die Bedeutung, daß nunmehr die betreffenden juristischen Thatsachen ihre Existenz oder diejenige rechtliche Bedeutung, welche sie vorher hatten, verlieren würden. Die Beteiligten entbehren einfach derjenigen rechtlichen Hülfe, welche die Civilstandsregistereintragungen, Auszüge, 2c., ihrem Zwecke nach zu leisten berufen sind. Nichts hindert sie aber, die Fragen, welche von den Civilstandsbehörden nur mit Bezug auf die Civilstandsregister einer vorläufigen Prüfung und Würdigung unterstellt worden sind, vor den Gerichten zum definitiven Austrag zu bringen. Will z. B. der Rekurrent Bachmann sich bei dem ablehnenden Entscheide der Civilstandsbehörden nicht beruhigen, so kann er die Frage, ob das

ihn betreffende Scheidungsurteil des Landgerichts Kempten in der Schweiz anzuerkennen sei, immer noch selbständig oder bei Anlaß eines Versuches der Wiederverehelichung im Einspruchsprozeß vor den Gerichten zur Beurteilung bringen.

2. Wollte man entgegen den vorstehenden Erwägungen annehmen, daß von der Justizdirektion des Kantons Zürich eine Gerichtsstandsfrage entschieden worden sei, so würde dennoch nicht der staatsrechtliche Rekurs an das Bundesgericht gegeben sein. Hätte die Justizdirektion ihre Verfügung in ihrer Eigenschaft als Aufsichtsbehörde über die Civilstandsbeamten getroffen, so könnte darin eine Kompetenzüberschreitung liegen, da dieser Aufsichtsbehörde offenbar eine Entscheidung über Gerichtsstandsfragen nicht zukommt. Aber selbst gegen eine solche Verfügung, welche in das Gebiet der richterlichen Behörden und des Bundesgerichtes übergreifen würde, müßte die Remedur der Aufsichtsbehörden bei den obern Instanzen der gleichen Kategorie gesucht werden, also beim Regierungsrat und Bundesrat und nicht beim Bundesgericht. Im vorliegenden Falle ist diese Lösung um so naheliegender, als die Justizdirektion des Kantons Zürich nichts weiter gethan hat, als die Weisungen des Bundesrates zu vollziehen. Läge ein Übergriff vor, so würde derselbe dem Bundesrate zur Last fallen, gegen dessen Verfügungen ein Rekurs an das Bundesgericht nicht gegeben ist. In dieser Beziehung könnte nur ein Kompetenzkonflikt die Lösung bringen. Zur Erhebung eines solchen liegen aber zur Zeit für das Bundesgericht keine genügenden Gründe vor. Auch von diesem Standpunkte aus kann deshalb auf den Rekurs nicht eingetreten werden.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Auf den Rekurs wird wegen Inkompetenz nicht eingetreten.

II. Civilrechtliche Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter. Rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour.

14. Urteil vom 11. März 1897 in Sachen Baselstadt.

A. Am 18. April 1893 verstarb in Basel Anton Lütolf-Kreis, von Dagmersellen, Kantons Luzern, unter Hinterlassung der Witwe Anna Maria geb. Kreis, sowie zweier Kinder erster und zweier zweiter Ehe. Letztere, August Kaspar und Anna Rosa, sind noch minderjährig und es wurden ihnen nach dem Tode des Vaters als Vormund F. Georg-Brodbeck und als Nebenvormund Niklaus Lütolf-Götz, beide wohnhaft in Basel, bestellt. Im März 1894 verehelichte sich die Witwe Lütolf wieder mit C. Franz Häuselmann, von Moosleerau, Kanton Aargau, Maurer- und Gypserhandlanger in Basel. Die Eheleute Häuselmann befanden sich anfänglich in sehr schwachen Erwerbsverhältnissen, was dazu führte, daß die beiden Kinder Lütolf um die Mitte des Jahres 1894 der Heimatgemeinde Dagmersellen zur Versorgung zugeführt wurden. Im Juni 1896 nun leitete der Vormund der Kinder Lütolf, unter Hinweis darauf, daß deren Mutter in bessere Verhältnisse gekommen und nun im Stande sei, ihre Kinder gehörig zu erhalten und zu erziehen, bei der Heimatgemeinde Dagmersellen Schritte ein, um dieselben herauszuerhalten, erhielt jedoch keine Antwort. Eine mündliche Besprechung, anläßlich deren sich der Vormund überzeugt haben will, daß die Kinder nicht in zweckmäßiger Weise untergebracht seien, sowie eine Eingabe an den luzernischen Regierungsrat blieben ebenfalls erfolglos. Inzwischen hatte sich auch das Waisenamt von Baselstadt der Sache angenommen, wurde aber sowohl von der Gemeindebehörde von Dagmersellen, als vom Regierungsrat des Kantons Luzern abschlägig beschieden. Letzterer be-

gründete seinen Beschluß vom 11. Dezember 1896 damit, „daß „sich das intervenierende Waisenamt zur Begründung seines Be„gehrens auf das Bundesgesetz vom 25. Juni 1891 betr. die „civilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter „und darauf beruft, daß die Kinder Lütolf in Baselstadt unter „Vormundschaft stünden und die Mutter nach dem dortigen Ge„setz berechtigt sei, die Kinder bei sich zu behalten; daß nun aber „das angerufene Gesetz vorliegenden Falls keine Anwendung „findet, da Kinder, die in ihrer Heimatgemeinde Dagmersellen „in armenamtlicher Pflege sich befinden, doch wohl nicht gleich„zeitig in Baselstadt unter Vormundschaft stehen können, und es „nicht angeht, daß bei dieser Sachlage von Baselstadt aus, vor„mundschaftliche Rechte über die Kinder ausgeübt werden; daß „übrigens, abgesehen von der formalrechtlichen Seite, jeder Aus„weis darüber fehlt, daß Frau Häuselmann, die Mutter der „Kinder Lütolf, gegenwärtig in bessern ökonomischen Verhältnissen „und im Stande sich befindet, jenen eine gehörige Pflege ange„deihen zu lassen; daß im weitern seitens des Gemeinderates „von Dagmersellen geltend gemacht wird, es fehlen den Eheleuten „Häuselmann die nötigen Eigenschaften zur richtigen Erziehung „der Kinder; daß es unter diesen Umständen nicht in der Stel„lung der hierseitigen Behörde liegen kann, den genannten Ge„meinderat zur Herausgabe der Kinder zu verhalten."

B. Mit Eingabe an das Bundesgericht vom 3./5. Februar 1897 stellte nun der Regierungsrat des Kantons Baselstadt beim Bundesgericht das Begehren, „es sei festzusetzen, daß die in „Dagmersellen wohnhaften Kinder August Kaspar und Anna „Rosa Lütolf ihren Wohnsitz in Basel haben, daß somit die „Vormundschaft über dieselben von den Vormundschaftsbehörden „des Kantons Baselstadt zu führen ist, und der Regierungsrat „des Kantons Luzern sei anzuweisen, die Kinder ihrer Mutter, „bezw. ihrem vom Waisenamt Basel ernannten Vormund her„auszugeben." Zur Begründung wird angebracht: Nach Art. 10 des Bundesgesetzes über die civilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter vom 25. Juni 1891 sei für die Vormundschaft maßgebend das Recht des Wohnsitzes der Person, welche unter Vormundschaft zu stellen ist. Nach § 11 des Vor-

mundschaftsgesetzes von Baselstadt vom 23. Februar 1880 trete die Vormundschaft ein über minderjährige, die nicht unter väterlicher Gewalt stehen. Das Waisenamt Basel sei daher beim Tode des Vaters Lütolf berechtigt und verpflichtet gewesen, über die minderjährigen Kinder Vormundschaft zu bestellen, und so lange dieselbe nicht in aller Form abgetreten sei, bleibe sie dort bestehen. Im weitern sei nach Art. 4 Lemma 2 und Art. 9 des citierten Bundesgesetzes der Wohnsitz der Kinder Lütolf in Basel, und eine vorübergehende Versorgung in der Heimatgemeinde habe hieran nichts ändern können; die Vormundschaft sei somit in Basel zu führen; es habe die Mutter im Einverständnis mit dem dortigen Vormund den Aufenthaltsort der Kinder zu bestimmen, und der Heimatgemeinde stünden nur die in Art. 15 und 16 des mehrerwähnten Bundesgesetzes vorgesehenen Rechte zu. Nach der materiell-rechtlichen Seite hin werde wiederholt bemerkt, daß sowohl nach Aussage der Vormünder, als nach eigenen Erkundigungen Frau Häuselmann in ökonomisch bedeutend bessern Verhältnissen stehe, als zur Zeit der Unterbringung ihrer Kinder in der Heimatgemeinde, und daß sich dieselbe nun in der Lage befinde, für gehörige Pflege und Unterhalt der Kinder in vollem Maße aufzukommen.

C. Der Regierungsrat des Kantons Luzern verweist in seiner Vernehmlassung in erster Linie auf den von ihm eingeholten Bericht des Gemeinderates von Dagmersellen, der im wesentlichen ausführt: Die Kinder Lütolf stünden nicht mehr unter elterlicher Gewalt, nachdem die Behörde von Baselstadt sie unter gesetzliche Vormundschaft gestellt und nachdem dieselbe in allseitigem Einverständnis, ja auf Verlangen der Vormundschaftsbehörde und der Mutter, unter die Fürsorge des heimatlichen Waisenamtes gestellt worden seien. Was dann die vormundschaftliche Gewalt über die Kinder betreffe, so sei vorab zu bemerken, daß sich diese, da dieselben kein Vermögen besitzen, in der Fürsorge für die Person der Mündel erschöpfe. Mit der Übergabe der Kinder seien somit auch die vormundschaftlichen Rechte auf die Heimatgemeinde übergegangen. Es habe nicht etwa eine bloß vorübergehende Versorgung derselben in die Heimatgemeinde durch die Vormundschaftsbehörde von Basel stattgefunden; sondern sie seien von letzterer

der erstern in aller Form, und mit den innegehabten Vormundschaftsrechten, zur persönlichen Fürsorge übergeben worden. Eine weitere Abtretung der Vormundschaft sei nicht nötig und nicht möglich. Übrigens sei schon nach Art. 17 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1891 die Heimatbehörde von Dagmersellen nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, die Vormundschaft über die Kinder Lütolf auszuüben, nachdem die frühere Vormundschaftsbehörde den Wohnsitzwechsel der Bevormundeten bewilligt, resp. gewünscht habe. Demnach habe aber auch die Behörde der Heimatgemeinde zu bestimmen, wo die Kinder verpflegt werden sollen, und ob der Mutter irgendwelche Rechte über dieselben bewilligt werden dürften (§ 9 des luzernischen Vormundschaftsgesetzes). Nun könnten aber der Mutter solche nicht zugesprochen werden: erstlich sei sie infolge ihrer Wiederverehelichung nicht mehr Bürgerin von Dagmersellen, und zum andern sei dieselbe nicht im Falle, den Kindern eine richtige Erziehung angedeihen zu lassen, so wenig wie ihr Ehemann, wofür darauf verwiesen werde, daß sich die Eheleute Häuselmann anläßlich eines Besuches in Dagmersellen „geradezu schandhaft" aufgeführt hätten. Was an der Verpflegung der Kinder Lütolf in Dagmersellen ausgesetzt werde, sei nichts als Erfindung und Verleumdung, und bei den Eheleuten Häuselmann würden dieselben jedenfalls auch im günstigsten Falle nicht die Pflege erhalten, die denselben dort zu Teil werde. Endlich sei zu bemerken, daß die Familie Lütolf im Jahre 1893 aus der heimatlichen Waisenkasse eine Unterstützung erhalten habe, daß aber trotzdem die Kinder den gehörigen Unterhalt und die richtige Pflege nicht erhalten hätten. Dies habe dazu geführt, daß dieselben vom heimatlichen Waisenamte hätten aufgenommen werden müssen. Zufolgedessen seien sie den Bestimmungen des luzernischen Armengesetzes unterstellt, welches in § 34 dem Gemeinderate die Befugnis einräume, die Art der Versorgung zu bestimmen. Der Regierungsrat des Kantons Luzern fügt diesem Berichte nur bei, er bestreite des entschiedensten, daß die Vormundschaftsbehörde von Baselstadt zur Zeit noch vormundschaftliche Rechte über die Kinder Lütolf, die seit mehr als zwei Jahren in ihrer Heimatgemeinde Dagmersellen in armenamtlicher Pflege sich befinden, ausüben könne, resp. daß in Baselstadt die Vormund-

schaft über die Kinder Lütolf noch fortbestehe. Ohne Frage habe diese mit dem Tage, da die Kinder vom heimatlichen Waisenamte übernommen werden mußten, aufgehört. Sei aber dies der Fall, so stehe weder der Vormundschaftsbehörde von Baselstadt, noch der Mutter das Recht zu, zu bestimmen, wo letztere verpflegt werden sollen, vielmehr stehe dieses Recht, gestützt auf § 25 bezw. 34 des luzernischen Armengesetzes, der Armenbehörde von Dagmersellen zu.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Es handelt sich in erster Linie darum, ob die Kinder Lütolf hinsichtlich der Elternrechte und der Vormundschaft dem Rechte von Baselstadt, wo ihre Mutter niedergelassen ist und wo sie selbst früher gewohnt haben, oder aber dem Rechte des Kantons Luzern, in dem sie gegenwärtig sich befinden, unterstellt seien. Dieser Konflikt ist nach den Bestimmungen des Bundesgesetzes über die civilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter vom 25. Juni 1891 zu lösen, und es ist zum endlichen Entscheide darüber nach Art. 180 Ziff. 3 O.-G. das Bundesgericht berufen.

2. Zweifellos nun standen die Kinder Lütolf nach dem Tode ihres Vaters hinsichtlich der Rechte der Mutter und der Vormundschaft ausschließlich unter baslerischem Rechte (Art. 9 Abs. 1 und Art. 10 l. c.). Es ist denselben denn auch gemäß den Vorschriften der baslerischen Gesetzgebung dort ein Vormund und ein Nebenvormund bestellt worden. Immerhin bedeutete dies nach dem Rechte des Kantons Baselstadt nicht, daß nun die Kinder Lütolf vollständig und in jeder Beziehung unter geordneter Vormundschaft gestanden wären; vielmehr behielt auch die Mutter eine gewisse (elterliche) Gewalt; ja hinsichtlich der persönlichen Fürsorge für die Kinder ist der Mutter die bestimmende Rolle, und dem Vormund nur ein Recht und eine Pflicht der Beaufsichtigung zugewiesen (vergl. § 32 des Vormundschaftsgesetzes von Baselstadt vom 20. Februar 1880 und ferner Huber, Schweizer. Privatrecht, Bd. I, S. 665). Dagegen kann es sich fragen, ob die Überführung der Kinder Lütolf in ihre Heimatgemeinde zum Zwecke waisenamtlicher Versorgung bewirkte, daß nicht mehr baslerisches, sondern luzernisches Recht für die Fragen maßgebend sei, ob und welche Rechte der Mutter gegenüber ihren

Kindern zustehen und daß dieselben von da an auch hinsichtlich der Vormundschaft der luzernischen Gesetzgebung unterstellt waren, so daß Recht und Pflicht zur Führung der Vormundschaft auf die zuständigen Behörden des Heimatkantons übergegangen wäre. Hieran könnte kaum gezweifelt werden, wenn die Kinder Lütolf in Basel ausschließlich unter vormundschaftlicher Gewalt gestanden wären; denn nach Art. 17 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1891 hat ein mit Zustimmung der bisher zuständigen Vormundschaftsbehörde vorgenommener Wohnsitzwechsel des Bevormundeten die Übertragung der vormundschaftlichen Rechte und Pflichten auf die Behörden des neuen Wohnsitzes zur gesetzlichen Folge. Nun standen aber die Kinder Lütolf in Basel nicht ausschließlich unter vormundschaftlicher, sondern zum Teil und hinsichtlich der persönlichen Verhältnisse in erster Linie, unter der elterlichen Gewalt ihrer Mutter. Daß auch die elterlichen Rechte bei einem von ihren Inhabern bewilligten Wohnsitzwechsel untergehen, bezw. sich nach der Gesetzgebung des neuen Wohnsitzes bestimmen, schreibt das Bundesgesetz vom 25. Juni 1891 nicht vor. Hiefür bleibt nach wie vor das Recht des Wohnsitzes, — und zwar zweifellos des Wohnsitzes des Berechtigten, — maßgebend. Es bestimmt denn auch Art. 4 Abs. 2 l. c., daß als Wohnsitz der in elterlicher Gewalt stehenden Kinder derjenige des Inhabers der elterlichen Gewalt zu gelten habe. Eine Verlegung des Wohnortes solcher Personen bewirkt also keine Veränderung ihres rechtlichen Wohnsitzes; dieser folgt vielmehr demjenigen des Inhabers der elterlichen Gewalt. Und es muß hieran auch da festgehalten werden, wo neben der elterlichen auch noch eine vormundschaftliche Gewalt besteht, sofern wenigstens die erstere, speziell mit Rücksicht auf die persönlichen Verhältnisse der Gewaltunterworfenen, sich als die überwiegende darstellt. Ist aber danach ein Wohnsitzwechsel nicht vor sich gegangen, so bleibt auch der Sitz der Vormundschaft in Basel, und es muß das vom Regierungsrat von Baselstadt gestellte Begehren gutgeheißen werden.

3. Hievon wäre dann wohl abzugehen, wenn anzunehmen wäre, daß die Mutter Lütolf zu Gunsten der heimatlichen Vormundschaftsbehörde auf ihre Rechte über die Kinder habe verzichten wollen. Allein für eine solche Annahme liegen doch nicht genügend Anhaltspunkte vor. Es spricht im Gegenteil nichts ent-

scheidendes dafür, daß mit der unter Zustimmung der Mutter erfolgten Verbringung der Kinder nach Dagmersellen etwas weiteres bezweckt worden sei, als die armenrechtliche Versorgung derselben, wozu ja die Heimatgemeinde im Bedürfnisfalle verpflichtet war. Gerade vom letzteren Standpunkte der Armengenössigkeit aus leitet der Gemeinderat von Dagmersellen einen letzten Einwand gegen das Begehren des Regierungsrates von Baselstadt her. Es ist nun zuzugeben, daß im Falle der Unterstützungsbedürftigkeit von Kindern, die der elterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt unterstellt sind, die Behörden, denen das Recht und die Pflicht der armenrechtlichen Obsorge für dieselben zusteht, nach Maßgabe der einschlägigen Gesetzgebung über die Art der Verpflegung und den Ort der Unterbringung der Unterstützungsbedürftigen müssen verfügen können, und daß vor dieser Befugnis die Rechte der Inhaber der elterlichen und vormundschaftlichen Gewalt nicht oder doch nicht in vollem Maße werden zur Geltung gebracht werden können. Allein wenn aus diesen Gründen die Verfügung über die Kinder Lütolf von den Behörden der Heimatgemeinde in Anspruch genommen werden wollte, so hätten sie jedenfalls dartun müssen, daß der Unterstützungsfall vorhanden, bezw. daß die Mutter Lütolf und ihr Ehemann nicht im Stande seien, ohne Zuhülfenahme der öffentlichen Wohlthätigkeit ihre Kinder zu erhalten und zu erziehen. Die Thatsache, daß vor Jahren amtliche Versorgung der Kinder eintreten mußte, konnte in dieser Beziehung nicht genügen gegenüber der von den baselstädtischen Behörden abgegebenen Versicherung, daß sich die ökonomischen Verhältnisse der Mutter derart gebessert haben, daß sie nunmehr im Stande sei, ihre Pflichten gegenüber den Kindern zu erfüllen.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Dem Regierungsrat des Kantons Baselstadt wird sein Begehren zugesprochen und demgemäß der Regierungsrat des Kantons Luzern angewiesen, dafür zu sorgen, daß die Kinder Lütolf ihrer Mutter herausgegeben werden.

Dritter Abschnitt. — Troisième section.

Kantonsverfassungen.

Constitutions cantonales.

Kompetenzüberschreitungen kantonaler Behörden. — Abus de compétence des autorités cantonales.

15. Urteil vom 17. Februar 1897 in Sachen Siegwart.

A. Am 7. Dezember 1892 starb an seinem Wohnort Hergiswyl, Kantons Nidwalden, der gewesene Glasermeister Xaver Siegwart von Horw, Kantons Luzern. Er hinterließ als Intestaterben die Rekurrenten, sämtlich Geschwister und Geschwisterkinder, bezw. Ehemänner von solchen, sowie den seither ebenfalls verstorbenen und durch die beiden Rekursbeklagten beerbten Bruder Alois Siegwart. Xaver Siegwart hatte ein beträchtliches Vermögen teils ererbt, teils erworben. Vor seinem Tode hatte er jedoch daraus seinem Bruder Alois Siegwart und dessen beiden Kindern Schenkungen von großen Beträgen ausgerichtet. Diese verlangten die Miterben in die Masse zurück und erhoben, da sich die Schenknehmer dem Ansinnen widersetzten, am 12. Dezember 1894 vor Kantonsgericht Nidwalden gegen Alois Siegwart resp. dessen Erbsmasse gerichtliche Klage mit dem Begehren: „1. Der Beklagte Alois Siegwart, nun „dessen Erben, seien gerichtlich zu verurteilen, an die Erbsmasse „des Xaver Siegwart sel. sämtliche Guthaben von Xaver Siegwart „sel., bestehend in Gülten, Aktiven, Einzinserobligationen, Bank-

„depositenscheinen, Obligationen, Kassascheinen, Anteil Glashütten „in Hergiswyl und Flühli und Holzkassenanteile, wie solche zur „Zeit dem Xaver Siegwart sel. gehörten, unbeschwert zurückzustellen; „2. Seien die Beklagten gerichtlich zu verurteilen, in die Erbmasse „des Xaver Siegwart sel. 350,000 Fr. zu bezahlen nebst Zins seit „6. Dezember 1892; 3. Sei den Klägern das Recht zu wahren, „weitere Guthaben in die Erbmasse des Xaver Siegwart sel. zu „reklamieren; 4. Tragen die Beklagten sämtliche Kosten." Die Kläger stützten sich vorerst auf Simulation und Betrug, sowie auf mangelnde Form, und sodann namentlich darauf, daß durch die Schenkungen die gesetzlichen Erben in rechtswidriger Weise benachteiligt worden seien. Dabei stellten sie in der Hauptsache auf das Recht des Kantons Nidwalden ab. Die Beklagten schlossen auf Abweisung der Klage: Von Simulation oder Betrug könne nicht gesprochen werden. Auch die gesetzlichen Formen seien beobachtet worden. Hiebei komme übrigens nicht Nidwaldner, sondern Luzerner Recht zur Anwendung. Ebenso für die Frage, ob durch die Schenkungen die Erben in rechtswidriger Weise benachteiligt worden seien. Nach Luzerner Recht aber seien die Vergabungen sowohl hinsichtlich der Form, als hinsichtlich der Verfügungsbefugnis unanfechtbar. Am 3. April 1895 wurden vor Kantonsgericht Nidwalden die Rechtsschriften eröffnet, und nachdem inzwischen die Vorfragen entschieden worden waren, fanden am 15. Juni die mündlichen Vorträge in der Hauptsache statt. Die Urteilsfällung erfolgte hierauf am 17. Oktober gleichen Jahres, und am 22. wurde das Urteil den Parteien schriftlich mitgeteilt. Durch dasselbe wurde der Klagantrag abgewiesen und der Antwortschluß zu Recht erkannt, „alles nach Maßgabe von § 566 „des luzernischen Privatrechts." Von den Gerichtsgebühren im Betrage von 457 Fr. 15 Cts. wurden 107 Fr. 15 Cts. den Klägern, 350 Fr. den Beklagten auferlegt. Die außergerichtlichen Kosten wurden wettgeschlagen. Gegen dieses Urteil erklärte die Klagpartei die Appellation. Vor dem Obergericht des Kantons Nidwalden erhob sie zunächst zwei Vorfragen, von denen die zweite eine Beweisergänzung bezweckte, während die erste dahin lautete: „Sind „nicht bei den Verhandlungen vor erster Instanz die verfassungs„mäßigen Rechte der Kläger verletzt worden, und ist nicht

„demgemäß der Prozeß zur nochmaligen Verhandlung an das „dermalen amtierende Kantonsgericht zurückzuweisen; eventuell sind „nicht die unter Ausschluß der Kläger vor einer Kommission des „Kantonsgerichts vorgenommenen Beweiserhebungen in dieser „Instanz nochmals zu wiederholen unter Gestattung der Mitwir„kung beider Parteien?" Diese Vorfrage beruhte auf folgender Begründung: Im Mai 1895 sei das nidwalden'sche Kantonsgericht neu bestellt worden und zwar in der Weise, daß von 7 Mitgliedern bloß eines wiedergewählt worden und daß einer der beiden Suppleanten zum Mitglied vorgerückt sei. Das neue Gericht habe sich im Juni 1895 konstituiert. Damit hätten die Funktionen des frühern Kantonsgerichts verfassungsmäßig aufhören müssen. Trotzdem habe in der vorliegenden Streitsache das frühere Kantonsgericht weiter amtiert, indem eine Kommission desselben verschiedene Sitzungen abgehalten und das Gericht selbst am 17. Oktober das Urteil gefällt habe. Eine Verfassungsverletzung liege ferner auch darin, daß man die Klagpartei zu den Sitzungen der Kommission, an denen u. a. der eine Beklagte Emil Siegwart zur Vorweisung von Urkunden veranlaßt, und handgelübdlich vernommen worden sei, nicht beigezogen habe. In der Sache wurden vor Obergericht die Klagsbegehren aufgenommen. Dieses wies jedoch in seinem Urteil vom 6. Februar 1896 die beiden von den Klägern aufgeworfenen Vorfragen ab und bestätigte auch in der Hauptsache das kantonsgerichtliche Urteil. Von den obergerichtlichen Judizialien im Betrage von 393 Fr. 05 Cts. wurden 100 Fr. den Appellanten, 293 Fr. 05 Cts. den Appellaten auferlegt. Die außergerichtlichen Kosten wurden wettgeschlagen.

B. Gegen dieses, den Parteien am 27. Februar 1896 zugestellte Urteil haben die Kläger mit Eingabe vom 24./25. April 1896 den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht ergriffen, und zwar erstlich wegen Verletzung verfassungsmäßiger Rechte und sodann wegen Mißachtung des Bundesgesetzes über die civilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter. In ersterer Beziehung wurden die Beschwerden aufgenommen, die mit der ersten Vorfrage schon vor dem Obergericht erhoben worden waren, nämlich: 1. Das erstinstanzliche Urteil sei von einem Gerichte gefällt worden, dessen verfassungsmäßige Amtsdauer

abgelaufen gewesen sei. Hierin liege eine Verletzung des Art. 2 der Übergangsbestimmungen zur Nidwaldner Verfassung, sowie des Art. 7 der letztern. Auch das oberinstanzliche Urteil leide an dieser Verfassungswidrigkeit insofern, als die bezügliche Beschwerde oberinstanzlich abgewiesen worden sei. 2. Dadurch, daß das Kantonsgericht ohne die Klagspartei zu der Verhandlung vorzuladen, oder ihr davon Kenntnis zu geben, den einen Beklagten, Emil Siegwart, zur Vorweisung von Urkunden veranlaßt und ihm sogar ein Handgelübde abgenommen habe, sei der Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetze mißachtet und damit den Art. 60 und 4 der Bundesverfassung und Art. 6 der Kantonsverfassung zuwidergehandelt worden. In der Sache sodann hätten, wird weiter geltend gemacht, die Art. 22 und 27 des Bundesgesetzes über die civilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter zur Anwendung gebracht und es hätte danach die Gültigkeit der Schenkungen hinsichtlich der Frage der Schmälerung des Pflichtteils der Erben statt nach Luzerner nach Nidwaldner Recht beurteilt werden sollen. Die Schlüsse gehen dahin: „1. Die Urteile des „Kantonsgerichts Nidwalden vom 17. Oktober 1895 und des „Obergerichts vom 6. Februar 1896 seien als verfassungswidrig „aufzuheben und der Prozeß zur neuerlichen Verhandlung an das „dermalen amtierende Kantonsgericht zurückzuweisen. 2. Im bun„desgerichtlichen Urteil sei festzustellen, daß sämtliche streitige „Rechtsfragen des Prozesses — mit Ausnahme der Einrede der „Simulation und der Frage der Rückvergütung einkassierter und „nicht abgelieferter Gelder — in Anwendung der Art. 22 und 27 „des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1891 nach Nidwaldner Recht „entschieden werden müssen. 3. Alles unter Kostenfolge für die „Rekursbeklagten." Letzere schlossen in ihrer Antwort auf Abweisung des Rekurses, unter Kostenfolge. Sie bemerken zum ersten Beschwerdepunkte: a) Am 3. April 1895 sei die Hauptverhandlung im Prozesse Siegwart vor dem damaligen Kantonsgerichte, unter Vorsitz des Vicepräsidenten und unter Beizug eines Suppleanten eröffnet worden. Damit sei der zum Urteil kompetente Richter gegeben gewesen, indem das Gerichtspersonal, vor dem der Prozeß eröffnet worden, gehalten sei, die streitigen Fragen zu entscheiden, sofern noch 5 Mitglieder in späteren Sitzungen erhältlich seien

(§ 4 und § 39 — soll zweifellos heißen § 139 — des Gesetzes über das Civilrechtsverfahren). Alle weiteren Gerichtssitzungen über einen einmal vorgetragenen Rechtsfall würden als Fortsetzungen der Gerichtsverhandlung angesehen. So komme es fast bei allen Neuwahlen vor, daß, obschon das neue Gericht sich konstituiert und so das Richteramt angetreten habe, gleichwohl das alte Gericht bereits angehobene Fälle noch zum Austrage bringe. Das sei nidwaldensche Gerichtspraxis seit urdenklicher Zeit. Somit sei das alte Gericht nicht nur berechtigt, sondern geradezu verpflichtet gewesen, über den Prozeß abzuurteilen. b) Am 15. Juni 1895, als die mündlichen Vorträge stattgefunden hätten, sei das neue Gericht schon im Amte gestanden. Von den Rekurrenten sei jedoch nicht die Verweisung der Sache an das neue Gericht verlangt worden. Vielmehr hätten sie sich vor dem alten eingelassen und damit dieses thatsächlich als in Sachen zuständig anerkannt. Somit könnten sich dieselben nicht auf Art. 7 der Kantonsverfassung berufen, wenigstens nicht auf den ersten Satz desselben. Ebenso unbegründet sei die Berufung auf Art. 2 der Übergangsbestimmungen, der sich nur auf den Wechsel der Behörden beim Inkrafttreten der neuen Verfassung im Jahre 1877 bezogen habe. Auch der zweite Beschwerdepunkt sei unbegründet, weil das Kantonsgericht kraft seines ihm durch § 70 des Civilrechtsverfahrens eingeräumten Befragungsrechts vom Beklagten Emil Siegwart die Vorlage gewisser Urkunden habe verlangen und ihm das Handgelübde habe abverlangen dürfen, Maßnahmen, die übrigens im Interesse der Rekurrenten gelegen seien. Wenn diese aber geglaubt hätten, sie seien dadurch in ihren Verteidigungsrechten verkürzt worden, daß sie zu den erwähnten Verhandlungen nicht beigezogen wurden, so hätten sie diesen Punkt, der Hauptsache vorgängig, in einem besonderen Verfahren zum Entscheide durch das Obergericht bringen müssen, und darin, daß sie sich gleichzeitig vor letzterem auf die Hauptsache eingelassen hätten, liege ein Verzicht auf einen spätern Weiterzug oder Rekurs dieser Frage. Endlich wird auch bestritten, daß sich die Gerichte von Nidwalden einer Mißachtung oder Verletzung des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1891 schuldig gemacht hätten. Obergericht und Kantonsgericht von Nidwalden beantragen in einer von ihnen eingeholten Vernehmlassung ebenfalls Abweisung

des Rekurses, ohne jedoch in dieser oder jener Richtung neue Gesichtspunkte zu eröffnen. Schon im Rekurs waren die Rekurrenten den Einwänden der Rekursbeklagten gegenüber der Behauptung, daß nicht ein verfassungsmäßiges Gericht in Sachen geurteilt habe, mit folgenden Anbringen entgegengetreten: Ad a: Eine Gerichtspraxis, wonach das Gericht, vor dem der Prozeß eröffnet worden sei, denselben auch zu beurteilen habe, bestehe, soviel aus den Gerichtsprotokollen ersichtlich sei, nicht, übrigens hielte eine solche Übung vor der Verfassung nicht stand. Aa b: Die Rekurrenten hätten von der Konstituierung des neuen Gerichts erst nach der Urteilsfällung zufällig Kenntnis erhalten und somit die verfassungswidrige Besetzung des urteilenden Gerichts nicht rügen können. Zudem aber könne eine derartige Verfassungsverletzung durch das Stillschweigen einer Partei nicht ratihabiert werden; auf diesem Gebiete gebe es keine Prorogation.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Rekurrenten behaupten in erster Linie, das kantonsgerichtliche Urteil vom 17. Oktober 1895 sei von einem Gerichte ausgefällt worden, dem damals richterliche Gewalt nach den Bestimmungen der Kantonsverfassung von Nidwalden nicht mehr zugekommen sei. Ist letzteres richtig, so sind durch das Urteil zweifellos verfassungsmäßige Rechte der Rekurrenten verletzt worden und steht ihnen somit gegen dasselbe das Rechtsmittel des staatsrechtlichen Rekurses an das Bundesgericht zu Gebote. Denn die verfassungsmäßigen Bestimmungen darüber, durch wen die staatliche Gerichtshoheit auszuüben sei, begründen für die Bürger des betreffenden Verfassungsgebietes ein verfassungsmäßiges Recht darauf, daß sie nur der Jurisdiktion solcher Gerichte unterstellt werden, die mit dem Hoheitsrechte der Gerichtsbarkeit ausgestattet sind. Da ferner das Rekursrecht gegen das kantonsgerichtliche Urteil durch Weiterziehung desselben an das Obergericht und durch Erhebung einer entsprechenden Vorfrage vor dem letztern gewahrt worden ist, so muß auf die daherige Beschwerde, die innert 60 Tagen nach der Mitteilung des die Vorfrage verwerfenden obergerichtlichen Urteils eingereicht worden ist, materiell eingetreten werden.

2. Vorerst nun ist diesbezüglich festzustellen, daß das nidwal-

den'sche Kantonsgericht die Streitsache zwischen den Rekurrenten und den Rekursbeklagten nicht etwa als Schiedsgericht im Sinne des Absatz 2 des Art. 7 der Kantonsverfassung von Nidwalden beurteilt hat. Es ist dies von keiner Seite geltend gemacht worden und in den Akten fehlen jegliche Anhaltspunkte dafür, daß kompromißweise die Beurteilung des Rechtsstreites dem Kantonsgerichte, das bei Anhebung desselben gerade amtierte, übertragen worden wäre. Dieses ist vielmehr als ordentliches staatliches Gericht angerufen worden (vgl. Art. 36 der Kantonsverfassung), und es konnte dasselbe deshalb auch in der vorliegenden Streitsache nur richterliche Funktionen ausüben, sofern und soweit ihm überhaupt Gerichtsbarkeit zustand. Nun hatte nach der Eröffnung, aber vor der Beurteilung des Prozesses, die verfassungsmäßige Neuwahl des Kantonsgerichts stattgefunden, wobei dieses bis auf ein Mitglied neu besetzt wurde, und es hatte sich ferner das neue Gericht nach Ausweis des Protokolls am 10. Juni 1895, also auch vor der Beurteilung des Prozesses, „nach erfolgter Eidesleistung" konstituiert. Damit war aber jedenfalls die Gerichtsgewalt vom frühern auf das neue Kantonsgericht übergegangen und stand es jenem nicht mehr zu, Akte staatlicher Jurisdiktion auszuüben. Wenn es daher trotzdem in dem vorliegenden Rechtsstreite weiter funktionierte und namentlich am 17. Oktober 1895 ein Urteil ausfällte, so setzte es sich damit über die Grenzen seiner Gewalt, die ihm in zeitlicher Beziehung gesetzt waren, hinweg und übte staatliche Rechte aus, die ihm verfassungsmäßig nicht mehr zukamen. Freilich behaupten nun die Rekursbeklagten sowie auch das Obergericht und das Kantonsgericht, daß nach nidwaldenschem Prozeßrecht und nach altem Gerichtsgebrauch das einmal mit einer Sache befaßte Gericht in seiner ursprünglichen Besetzung dieselbe bis zum Urteil durchzuführen habe. Allein erstlich vermöchten ein solcher Rechtssatz und ein solcher Gebrauch, wenn sie bestünden, vor den die Ausübung der Gerichtsgewalt regelnden Bestimmungen der Verfassung nicht stand zu halten. Zwar ist diesbezüglich auf Art. 2 der Übergangsbestimmungen zur Kantonsverfassung vom 2. April 1877, der besagt, daß bis die neugewählten Kantons- und Gemeindebehörden sich konstituiert haben, die bisherigen in gesetzlicher Kraft und Aktivität bleiben, ein entscheidendes Gewicht

nicht zu legen, da diese Bestimmung wohl lediglich transitorische Bedeutung hatte und nur die Verhältnisse des Übergangs von der frühern zur neuen Verfassung ordnen wollte. Dagegen fällt ausschlaggebend in Betracht, daß in Art. 48 der Verfassung für das Kantonsgericht — wie auch für das Obergericht und das Kriminalgericht — eine Amtsdauer von 6 Jahren festgesetzt ist. Die Amtsgewalt ist also zeitlich beschränkt und damit verträgt sich die Auffassung, daß sich dieselbe für einzelne, in der vorhergehenden Amtsperiode begonnene Geschäfte über den ordentlichen Endtermin hinaus erstrecken könne, nicht. Wenn das alte Gericht durch den Ablauf der Amtsdauer bezw. den Amtsantritt der neuen Behörde seiner Gewalt entkleidet ist, so kommt ihm solche überhaupt nicht mehr zu. Zudem haben die Rekursbeklagten weder einen positivrechtlichen Satz, noch einen Gerichtsgebrauch des Inhalts nachzuweisen vermocht, daß das Gericht, vor dem ein Rechtsstreit eröffnet worden ist, trotz Ablaufs seiner Amtsdauer befugt wäre, diesen bis zum Urteil durchzuführen. Wie eine solche Bestimmung in § 4 des Gesetzes über das Civilrechtsverfahren: „Zur Beur„teilung einer Streitsache ist eine Gerichtsbehörde vollzählig einzu„berufen. Bei zufälliger Verhinderung dürfen beim Obergerichte „nicht weniger als 9 und beim Kantonsgerichte nicht weniger als „5 Richter ein Urteil erlassen," gefunden werden will, ist nicht erfindlich, da hier doch nur — wie auch die Überschrift „Beschlußfähige Richterzahl, Ersatzmänner" angibt — das Quorum der betreffenden Richterkollegien bestimmt ist. Und wenn auch § 139 al. 3 des nämlichen Gesetzes sagt: „Sofern von den Mitgliedern „des Obergerichtes nicht mehr als 7 und von denjenigen des „Kantonsgerichts nicht mehr als 5 erhältlich sein sollten, welche „s. Z. in Sachen gesprochen, so urteilt das wirklich bestehende „Gericht," so liegt hierin allerdings eine Abweichung von dem Grundsatze, daß mit dem Ablauf der Amtsdauer die Funktionen der früher amtierenden Behörden beendigt seien. Allein die Bestimmung gilt nur für das Revisionsverfahren, und einer Ausdehnung derselben auf den vorliegenden Fall steht schon ihre exceptionelle Natur entgegen. Auch kann nicht etwa gesagt werden, daß jene Vorschrift einen allgemeinen Grundsatz in seiner Anwendung auf den besonderen Fall wiedergebe. Denn, um einen solchen Schluß

gerechtfertigt erscheinen zu lassen, müßte der Gedanke doch auch noch in anderen Bestimmungen des Gesetzes Ausdruck gefunden haben. Gänzlich sodann mangelt der Beweis für die Behauptung, daß eine entsprechende Übung in Nidwalden bestehe. Unstichhaltig ist aber auch der weitere Einwand der Rekursbeklagten, daß sich die Rekurrenten vor dem alten Kantonsgericht eingelassen und damit auf die Bemängelung seiner verfassungswidrigen Besetzung verzichtet hätten. Denn abgesehen davon, ob dieselben am 15. Juni, als sie noch vor dem alten Gericht verhandelten, die Thatsache, daß das neue Gericht sich konstituiert hatte, bekannt gewesen sei, oder bekannt sein mußte, konnte durch die Einlassung weder der Mangel der Gerichtsbarkeit gehoben werden, der dem Gerichte anhaftete, noch konnten dadurch die Rekurrenten des Rechts verlustig gehen, sich deswegen zu beschweren. Es handelt sich hier nicht um die freiwillige Unterwerfung unter ein örtlich oder sachlich unzuständiges Gericht, sondern um die Einlassung vor einer Behörde, der überhaupt jede Gerichtsgewalt abgeht. Letztere kann dem Gericht durch die Einlassung nicht verliehen werden, und ebensowenig begibt sich damit der sich Einlassende des Rechts, die Ungültigkeit der hoheitlichen Akte eines Kollegiums, dem jede Macht hiezu fehlt, auf dem Wege des staatsrechtlichen Rekurses anzufechten.

3. Danach muß aber das kantonsgerichtliche Urteil vom 17. Oktober 1895, weil dasselbe unter Verletzung von verfassungsmäßigen Rechten der Rekurrenten zu Stande gekommen ist, aufgehoben werden. Damit fällt aber auch das obergerichtliche Urteil, das jenes zur Voraussetzung hat, dahin. Unter solchen Umständen braucht sodann nicht weiter untersucht zu werden, ob auch die zweite Beschwerde wegen Verletzung verfassungsmäßiger Rechte der Rekurrenten begründet sei. Denn selbstverständlich muß das Verfahren von da an aufgenommen werden, wo es vor einem nicht mehr mit Gerichtsgewalt bekleideten Kollegium geführt wurde. Was endlich den dritten Standpunkt der Rekurrenten betrifft, so würde es der Prozeßlage nicht entsprechem, wenn die aufgehobenen Urteile auch noch auf ihre materielle Richtigkeit hinsichtlich der Anwendung des Bundesgesetzes über die civilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter übergeprüft würden.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Der Rekurs wird im Sinne der Erwägungen begründet erklärt. Demgemäß werden die Urteile des Kantonsgerichts von Nidwalden vom 17. Oktober 1895 und des Obergerichts vom 6. Februar 1896 aufgehoben und wird die Streitsache zu neuer Behandlung an die kantonalen Gerichte zurückgewiesen.

---

16. Urteil vom 11. März 1897 in Sachen Stadtgemeinde Maienfeld.

A. Christian Just ist Bürger der politischen Gemeinde Maienfeld. Diese besteht aus zwei Fraktionen: Maienfeld und Guscha. Just stammt aus der letztern, ist jedoch seit Jahren auf dem Gebiete der erstern, wo er Landwirtschaft treibt, niedergelassen. Am 27. Mai 1893 beschloß der Gemeinderat Maienfeld, daß die Niedergelassenen (d. h. die Nichtfraktionsgenossen) keine Heimkühe auf die Tratt treiben dürften. Christian Just übertrat dieses Verbot und wurde deshalb am 3. Juni 1893 vom genannten Gemeinderat mit einer Buße von 2 Fr. 70 Cts. belegt; überdies wurde ihm das weitere Austreiben von Vieh untersagt. Hiegegen beschwerte sich Just unterm 6. Juni 1893 beim Kleinen Rat des Kantons Graubünden, indem er geltend machte, der fragliche Beschluß verletzte das vom Großen Rate wiederholt geschützte Recht der Freizügigkeit zwischen den einzelnen Fraktionen einer und derselben politischen Gemeinde, sowie ferner auch die in der kantonalen und eidgenössischen Verfassung gewährleistete Gleichheit vor dem Gesetze. Die Antwort des Gemeinderates von Maienfeld beruhte im wesentlichen darauf, daß die Fraktionen Maienfeld und Guscha wohl politisch zusammengehörten, daß sie aber in ökonomischer Hinsicht, d. h. mit Bezug auf die Nutzung der Fraktionsgüter nicht eine Einheit bildeten, daß vielmehr nach einem Großratsbeschluß vom 26. Juli 1819 und späteren, vertraglichen Festsetzungen aus den Jahren 1826 und 1829 die ökonomischen Verhältnisse der Stadt und der Hofleute gänzlich

getrennt seien, daß diese Ordnung der Dinge nur auf dem Wege der Gesetzgebung abgeändert werden könnte (Art. 44 der Kantonsverfassung von 1880), daß aber ein dahin abzielendes Gesetz am 9. November 1890 verworfen worden sei. Hiegegen machte der Beschwerdeführer geltend, daß nach geltendem bündnerischem Staatsrecht insofern zwischen den einzelnen Fraktionen einer einheitlichen politischen Gemeinde Freizügigkeit bestehe, als alle Bürger der letzteren in den einzelnen Fraktionen auch in Bezug auf die öffentlichen Nutzungsrechte gleich zu behandeln seien, und daß die Gemeinde Maienfeld eine exceptionelle Stellung nicht beanspruchen könne, indem insbesondere der Großratsbeschluß von 1819, der übrigens nur ein Administrativentscheid sei, und die im Anschluß daran zwischen Maienfeld und Guscha getroffenen Vereinbarungen vor der jetzigen staatsrechtlichen Ordnung dieser Verhältnisse zurücktreten müßten, welch' letzterem Argument dann von dem Gemeinderat Maienfeld namentlich unter Hinweis auf die privatrechtliche Natur der bisherigen Ordnung der Dinge entgegengetreten wurde. Der Kleine Rat des Kantons Graubünden wies unterm 3. Januar 1896 die Beschwerde des Christian Just als unbegründet ab, da das aus der Einheitlichkeit der Gemeinde gefolgerte Recht der Freizügigkeit der Angehörigen der einzelnen Fraktionen für das Verhältnis zwischen Guscha und Maienfeld durch positives Recht, nämlich den Großratsbeschluß von 1819, ausgeschlossen sei. Just zog diesen Entscheid an den Großen Rat weiter, der denselben durch Schlußnahme vom 30. Mai 1896 aufhob. Hierin wird, nachdem vorerst die Fragen der Legitimation des Just und der Kompetenz des Großen Rates geprüft und bejaht worden sind, im wesentlichen ausgeführt: Zunächst frage es sich, ob dem Großratsbeschluß vom 26. Juni 1819 die Bedeutung eines kantonalen Gesetzes zukomme. Dies sei zu verneinen. Aus den einschlägigen Protokollen ergebe sich nämlich, daß es sich damals lediglich um die Entscheidung eines Rekurses gehandelt habe. Der Kanton habe auch nach dieser Richtung hin ein Spezialgesetz nicht erlassen können, da die legislatorische Regelung solcher interner Angelegenheiten Sache der Hochgerichte gewesen sei und sich überhaupt nicht für die kantonale Gesetzgebung geeignet habe. Der Um-

stand, daß der Beschluß in die kantonale Gesetzessammlung aufgenommen worden sei, ändere hieran nichts, indem diese Sammlung nicht nur Kantonsgesetze, sondern vornehmlich auch Statuten, Abkommnisse, Schiedssprüche und sonstige wichtigere Dokumente der einzelnen Landesteile enthalte und der fragliche Beschluß gerade in dieser Abteilung untergebracht sei. Auch von den Parteien sei derselbe nicht als Gesetz aufgefaßt worden, wie sich daraus ergebe, daß im Juni 1826 ein Abkommniß getroffen worden und dabei der Art. 4 des Großratsbeschlusses aufgehoben, und daß im Jahre 1829 ein das gleiche Verhältnis betreffender Vertrag abgeschlossen worden sei. Aber auch die weitere Frage, ob der Großratsbeschluß vom 26. Juni 1819 und die sich anschließenden Verträge noch rechtsbeständig seien, müsse verneint werden, weil dieselben im Widerspruch stünden mit der dermaligen Gesetzgebung des Kantons. Unbestrittenermaßen sei der Hof Guscha eine Fraktion der politischen Gemeinde Maienfeld. Die Bürger des erstern seien somit zugleich Bürger der letztern und genössen als solche alle Vorteile des Gemeindebürgerrechtes. Wo ihnen dieser Genuß verweigert oder erschwert werden wolle, müßten sie geschützt werden gemäß den Erwägungen des unterm 22. November 1892 in der Rekurssache Gartmann gegen Valendas vom Großen Rate getroffenen und vom Bundesgerichte in allen Teilen bestätigten Entscheides, auf welchen verwiesen werde. Dieser Entscheid beruhte auf folgender ausschlaggebenden Erwägung: Das Fraktionsgut sei öffentliches Eigentum und bilde einen Bestandteil des Gemeindevermögens. Zum Mitgenuß an demselben werde, da das Bündner Staatsrecht ein Fraktionsbürgerrecht mit bezüglicher Nutzungsberechtigung nicht kenne, sondern letztere an den ihm allein entsprechenden Begriff des Gemeindebürgerrechtes knüpfe, jeder Gemeindebürger ohne Rücksicht auf seine Zugehörigkeit zu der einen oder andern Fraktion in gleicher Weise berechtigt, wie die Fraktionsangehörigen.

B. Gegen den ihr am 13. November 1896 mitgeteilten Beschluß des Großen Rates vom 30. Mai 1896 erhob die Stadtgemeinde Maienfeld, vertreten durch den Advokaten Hold in Chur, mit Eingabe vom 11. Januar 1897 den staatsrechtlichen

Rekurs beim Bundesgericht. In der Beschwerdeschrift wird beantragt, es sei derselbe, unter Bestätigung des kleinrätlichen Entscheides vom 3. Januar 1896, aufzuheben, unter Kostenfolge, und zur Begründung im wesentlichen angebracht: Es handle sich darum, ob entgegen den durch die gegenwärtige bündnerische Kantonsverfassung in keiner Weise geänderten Grundsätzen des bisherigen bündnerischen Staatsrechtes das Korporationsgut einzelner Gemeindefraktionen nicht mehr als genossenschaftliches Eigentum, wenn auch unter öffentlich-rechtlicher Kontrolle stehend, zu betrachten und daher dessen Nutzung nicht ein Ausfluß des Gesamteigentums der Genossen, sondern vom politischen Bürgerrecht des Ansprechers der betreffenden Gemeinde, gleichviel ob er aus einer andern, an diesem Gute nicht beteiligten Fraktion komme, abhängig sei. In erster Linie nun sei zu bemerken, daß vom Standpunkte des bündnerischen Privatrechts aus von einer solchen Änderung der genossenschaftlichen Nutzung des Korporationsgutes einer Fraktion keine Rede sein könne. Solchem Gute komme die Natur von Gesamteigentum der betreffenden Korporation zu (§§ 77, 88, 214 und 215 des bündnerischen privatrechtlichen Gesetzbuches), und diese Eigenschaft wurzle in der separaten Nutzung des Genossengutes durch die Genossen selbst. Dieses Rechtsverhältnis sei auch durch die bündnerische Verfassung vom 23. Mai 1880 (Art. 44 Abs. 9) ausdrücklich anerkannt worden, indem dort gesagt sei, daß die Ausübung der den Bürgergemeinden und bürgerlichen Korporationen allein zustehenden Befugnisse und Rechte das Gesetz bestimme. Nur durch ein Gesetz, d. h. einen nach Art. 2 der Verfassung vom Volke angenommenen Erlaß, hätten also die Nutzungsverhältnisse am Fraktionsgut, auf die sich die Einheit der Gemeinden nicht bezogen habe, geändert werden können. Nun sei ein solches Gesetz bis jetzt nicht zu Stande gekommen. Einzig das Niederlassungsgesetz vom Jahre 1875 gebe die Normen an, unter denen jeder aufrecht stehende Schweizerbürger des Mitgenusses am bürgerlichen Gute seiner Niederlassungsgemeinde teilhaftig werden könne. Wenn aber hier auch nur die Einwohnung als Bedingung dieser Nutzungsberechtigung anerkannt sei und wenn dies auch für die Angehörigen der einen Gemeindefraktion gegenüber einer andern

der nämlichen Gemeinde gelte, so könne doch daraus nicht gefolgert werden, daß die Nutzung für den einer andern Fraktion angehörenden Gemeindebürger unentgeltlich sein müsse. Letzteres sei weder durch Verfassung noch durch Gesetz geboten und könne nicht anerkannt werden, so lange das Fraktionsgut im Eigentum der Fraktion stehe, wie dies noch Rechtens sei. Erst wenn das Fraktionsgut zu Gesamteigentum der politischen Gemeinde umgewandelt würde, könnte auch eine Änderung der Nutzungsverhältnisse im Sinne des angefochtenen großrätlichen Beschlusses eintreten. Nun sei aber ein hierauf abzielender Gesetzesentwurf, der den Satz aufgestellt habe: „Jeder Gemeindebürger, der in „einer Fraktion sich niederläßt, ist gleich den Fraktionsangehörigen „in Bezug auf den Mitgenuß an dem in der Fraktionsver„waltung befindlichen öffentlicheu Vermögen, insbesondere an „Alpen, Weiden und Wäldern zu behandeln," im Jahre 1890 vom Volke abgelehnt worden. Der damals verworfene Gedanke dürfe nun nicht unter dem Schlagwort der Freizügigkeit durch die Administrativpraxis in das bündnerische Staatsrecht eingeführt werden, zumal da sich der Begriff der Freizügigkeit auf derartige Nutzungsverhältnisse überhaupt nicht beziehe, und jedenfalls dürfe es nicht auf diese Weise einer als juristische Person anerkannten Gemeindefraktion verwehrt werden, ihre genossenschaftlichen Rechte auf dem civilgerichtlichen Wege feststellen zu lassen. Überdies seien die besondern Verhältnisse der Gemeinde Maienfeld in Betracht zu ziehen: Der großrätliche Entscheid vom 26. Juni 1819, durch den das Verhältnis der Stadt Maienfeld zum Hofe Guscha auch in ökonomischer Hinsicht festgestellt worden sei, bilde einen Bestandteil des Hochgerichtes Maienfeld, das auf diesem Gebiete damals autonom gewesen sei; weil diese dem Großen Rate zur Genehmigung habe vorgelegt werden müssen, habe sich derselbe mit der Sache befaßt und sei sein Beschluß in die amtliche Gesetzessammlung des Kantons Graubünden aufgenommen worden. Nun schließe § 2 dieses großrätlichen Beschlusses jede ökonomische Gemeinschaft beider Fraktionen aus, und es habe diese Ordnung der Verhältnisse auch jetzt noch vollen rechtlichen Bestand. Administrative Rekursentscheide vermöchten hieran nichts zu ändern und sei Christian Just auch nicht zu einem derartigen

Begehren legitimiert. Jeder administrative Eingriff in dieses offenbar civilrechtliche Verhältniß enthalte einen Eingriff in die richterliche Gewalt und sei deshalb unzulässig.

C. In seiner Antwort beantragt Christian Just, vertreten durch Dr. Calonder, Abweisung des Rekurses, unter Kostenfolge. Das Bundesgericht, wird zunächst bemerkt, sei zu dessen Behandlung nicht kompetent, weil gar nicht behauptet werde, daß die Nutzung von Gemeinde- bezw. Fraktionseigentum und die Büßung für unberechtigte Nutzung durch Verfassungsrecht geregelt sei und weil dies thatsächlich auch nicht zutreffe. Nicht einmal von einer Gesetzesverletzung könne gesprochen werden, da, wie die Rekurrentin selbst ausführe, ein Gesetz über die fragliche Materie nicht bestehe. Speziell sei unter solchen Umständen eine Gesetzesverletzung im Sinne einer materiellen Rechtsverweigerung ausgeschlossen. Ein Übergriff in die gesetzgebende Gewalt sodann liege deshalb nicht vor, weil der Große Rat nur einen einzelnen Fall entschieden habe; dazu sei er aber kompetent gewesen und sei ihm diese Kompetenz im kantonalen Verfahren nicht bestritten worden. Weiterhin sei nicht erwiesen, daß der großrätliche Entscheid dem bisherigen Rechtszustand nicht entspreche und sich mit dem geltenden bündnerischen Staatsrecht in Widerspruch setze. Derselbe habe vielmehr, gemäß dem Niederlassungsgesetze und der seit mehreren Jahren feststehenden großrätlichen Praxis gar nicht anders ausfallen können, wofür insbesondere auf den Entscheid in Sachen Valendas zu verweisen sei. Insbesondere möge betont werden, daß für den rekurrierten Entscheid der s. Z. verworfene Gesetzesentwurf nicht maßgebend gewesen sei. Ob derselbe bündnerisches Privatrecht verletze, habe das Bundesgericht nicht zu prüfen; übrigens sei dies unrichtig, da es sich um die Nutzung öffentlichen Gutes handle, bezüglich dessen die Rekurrentin selbst ein staatliches Aufsichtsrecht zugestehe. Was dann die besondere Stellung der Stadt Maienfeld betreffe, so wäre, wenn man die Auffassung der Rekurrentin, daß der großrätliche Beschluß von 1819 ein Bestandteil der Hochgerichtsverfassung gewesen sei, annehmen wollte, ein Rekurs, der nur wegen Verletzung der Kantons- oder der Bundesverfassung zulässig sei, von vornherein ausgeschlossen. Es könne aber keinem Zweifel

unterliegen, und sei durch den angefochtenen Entscheid in bindender Weise festgestellt, daß jener Beschluß lediglich ein Akt der Administrativjustiz gewesen sei. Daß der Große Rat in die Kompetenz des Civilrichters eingegriffen habe, sei nicht nachgewiesen und unrichtig, da den Vorinstanzen lediglich die öffentlich-rechtliche Frage vorgelegen sei, wie das Gemeindegut innerhalb einer und derselben Gemeinde mit mehreren Fraktionen zu genießen sei. Hinsichtlich ihrer behaupteten Civilrechte, d. h. des Eigentums am Korporationsgute, könne also Rekurrentin nach wie vor den Civilrichter anrufen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Vor dem Großen Rate ist dessen Kompetenz zum Entscheide in vorliegender Streitsache nicht angezweifelt worden. Und gewiß mit Recht nicht: Die streitige Frage war die, ob dem Rekursbeklagten Christian Just, der ab dem eine Fraktion von Maienfeld bildenden Hof Guscha stammte, an dem Korporationsgut der Stadt Maienfeld, der andern Fraktion der Gemeinde, das nämliche Nutzungsrecht zuzugestehen sei, wie den Angehörigen der letztern Fraktion. Nun gibt die Rekurrentin selbst zu, daß jenes Gut unter öffentlich-rechtlicher Kontrolle stehe, worunter wohl zu verstehen ist, daß die Nutzung sich nach Regeln richtet, die der Kontrolle der Verwaltungsbehörden unterliegen. Es leitete ferner auch der Rekursbeklagte seinen Anspruch auf Mitbenutzung des Korporationsgutes der Stadt Maienfeld nicht etwa aus einem privatrechtlichen Titel ab, sondern aus seiner Eigenschaft als Bürger der politischen Gesamtgemeinde und als Einwohner der Fraktion Maienfeld, d. h. aus rein öffentlich-rechtlichen Beziehungen zu der Eigentümerin des Gutes. Der Anspruch stellt sich somit sowohl hinsichtlich des Objektes, als hinsichtlich des Rechtsgrundes, als administrativer dar, und zu dessen Beurteilung waren verfassungsmäßig in erster Instanz der Kleine Rat, in zweiter Instanz der Große Rat berufen (Art. 31 und 20 der Kantonsverfassung). Damit erledigt sich aber die Beschwerde der Rekurrentin wegen Verletzung des Grundsatzes der Gewaltentrennung ohne weiteres im Sinne der Abweisung.

2. Aber auch die weitere Beschwerde, daß sich der Große Rat eines Übergriffes in die beim Volke liegende gesetzgebende Gewalt

schuldig gemacht habe, erscheint schon nach dem Gesagten als unbegründet. Demselben lag eine einzelne Streitsache zum Entscheide vor, und nur über diese ist auch thatsächlich entschieden worden. Weder der Form noch dem Inhalte nach ist der angefochtene Beschluß ein gesetzgeberischer Akt, eine Anordnung, durch die in allgemeiner und verbindlicher Weise eine Entscheidungsnorm für gewisse Fälle gegeben worden wäre, sondern es stellt sich derselbe lediglich als Akt der Ausübung der Administrativgerichtsbarkeit in einem einzelnen Falle dar, dem nur als Präjudiz eine über den letztern hinaus reichende Bedeutung zukommen kann. Zur Ausübung dieser Funktion aber war der Große Rat verfassungsmäßig nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet.

3. Wenn dann behauptet werden will, es liege ein Übergriff in das Gebiet der Gesetzgebung darin, daß der Große Rat seinem Entscheide Motive zu Grunde gelegt habe, die das bündnerische Staatsrecht nicht kenne und die nur durch Gesetz in dasselbe eingeführt werden könnten, so ist allerdings richtig, daß eine positive Gesetzesbestimmung, durch die die Nutzungsverhältnisse am Korporationsgut im Sinne des angefochtenen Beschlusses geordnet wären, nicht besteht; ja es hat das Bündner Volk im Jahre 1890 einen Gesetzesentwurf, der u. a. diese Frage im Sinne des angefochtenen Entscheides in allgemeiner Weise lösen wollte, verworfen. Daraus folgt aber noch keineswegs, daß letzterer verfassungsrechtliche Grundsätze verletze. Einem negativen Volksentscheid über einen Gesetzesentwurf ist durch die Verfassung nirgends die Wirkung beigelegt, daß die mit der Rechtssprechung betrauten Behörden im einzelnen Falle nicht nach den Gesichtspunkten ihren Entscheid fällen dürften, die nach jenem Entwurfe zu allgemeiner Geltung gebracht werden wollten. Vielmehr wird derselbe lediglich unter Umständen als ein für die Auffindung des geltenden Rechtes wesentliches Moment in Betracht fallen. Inwiefern aber dies zutreffe, darüber hat einzig die in der Sache zuständige Behörde zu entscheiden, und es kann deshalb das Bundesgericht, wenn diese die Verwerfung des fraglichen Gesetzes als bedeutungslos betrachtet hat, daran nichts ändern.

4. Danach könnte der staatsrechtliche Rekurs gegen den groß-

rätlichen Entscheid vom 30. Mai 1896 nur noch begründet erklärt werden, wenn sich dieser als ein mit dem Grundsatz der Gleichheit der Bürger vor dem Gesetz in Widerspruch stehender Willkürakt darstellen würde. Ausdrücklich wird dies zwar nicht einmal behauptet. Allein nur unter diesem Gesichtspunkte können die Beschwerden durch das Bundesgericht gewürdigt werden, daß der Große Rat die Ordnung des Verhältnisses der Fraktionen Maienfeld und Guscha zu einander, wie sie durch den großrätlichen Beschluß vom 26. Juni 1819 und durch spätere Vereinbarungen festgesetzt worden sei, mißachtet und daß er sich ferner einer Verletzung der Bestimmungen des bündnerischen privatrechtlichen Gesetzbuches über das Korporationseigentum schuldig gemacht habe. Was nun aber zunächst den letztern Beschwerdepunkt betrifft, so erweist sich derselbe schon deshalb als hinfällig, weil, wie der Rekursbeklagte selbst zugibt, die der Rekurrentin zustehenden Privatrechte an ihrem Korporationsgute durch den angefochtenen Entscheid nicht berührt werden; zudem standen ja überhaupt nicht diese Rechte in Frage, und ist nicht abzusehen, wie dieselben durch den großrätlichen Beschluß, der lediglich die öffentlich-rechtliche Nutzungsberechtigung des Rekursbeklagten an jenem Gute betraf, verletzt worden sein sollten. Richtig ist sodann, daß sich der Große Rat auch über den Beschluß vom 26. Juni 1819 und die Abkommnisse der Stadt Maienfeld und dem Hof Guscha von 1826 und 1829 hinweggesetzt hat. Allein er begründet dies damit, daß der grundlegende Beschluß von 1819 weder als Bestandteil der Hochgerichtsverfassung, noch als Gesetz, sondern als administrativer Rekursentscheid zu betrachten sei, der vor der veränderten Gesetzgebung des Kantons nicht Stand zu halten vermöge. Die erstere Frage nun gehört ausschließlich dem kantonalen Staatsrechte an; nach diesem einzig entscheidet es sich, ob ein Erlaß als Gesetz, bezw. als Bestandteil der Verfassung eines autonomen Bezirks oder als Verwaltungsakt zu betrachten sei und das Bundesgericht ist deshalb an die Lösung, die der Große Rat dieser Frage hat angedeihen lassen, gebunden, sofern nicht wiederum das kantonale Recht in offensichtlich willkürlicher Weise angewendet worden ist, was jedoch vorliegend nicht zutrifft. Kommt aber danach dem Beschluß

von 1819 und den spätern Vereinbarungen der Charakter objektiven Rechtes nicht zu, so kann in einer Mißachtung derselben selbstverständlich eine (materielle) Rechtsverweigerung nicht gefunden werden. Dafür aber endlich, daß das die streitige Frage beherrschende geltende Recht in arbiträrer Weise zu Ungunsten der Rekurrentin gebeugt worden sei, fehlt jeder Nachweis. Allerdings ist der Rechtszustand gesetzgeberisch nicht klar fixiert. Wenn aber die Rekurrentin selbst zugibt, daß nach dem bündnerischen Niederlassungsgesetz die bloße Einwohnung eines Gemeindegenossen die Nutzungsberechtigung an dem Korporationsgut der betreffenden Fraktion begründe, so entzieht sie ihrer Beschwerde selbst die materielle Grundlage. Sie sagt freilich, es könne hieraus nicht gefolgert werden, daß die Nutzungsrechte unentgeltlich den Betreffenden eingeräumt werden müßten. Allein sie hat es unterlassen, anzugeben, worauf sich diese Behauptung stützt, und ohne weiteres kann dieselbe gewiß nicht als zutreffend angenommen werden. Der Rekurs erscheint somit in jeder Beziehung als unbegründet (vrgl. übrigens auch die Erwägungen des Entscheides in Sachen Valendas vom 26. Oktober 1893).

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird abgewiesen.

---

17. Urteil vom 31. März 1897 in Sachen Leuthold.

A. Durch Schlußnahme vom 23. November 1896 verfällte der Gemeinderat von Frauenfeld den H. Leuthold, Wirt zum Bahnhof daselbst, gestützt auf einen Bericht des thurgauischen Kantonschemikers über eine in genannter Gemeinde vorgenommene Untersuchung der Bierdruckapparate, wegen unreinen Zustandes seiner Pression in eine Buße von 20 Fr. und verfügte ferner, es habe nach unbenützt abgelaufener Rekursfrist die übliche Publikation stattzufinden. Gegen diesen Entscheid, insbesondere auch den zweiten Teil desselben, rekurrirte Leuthold an den thurgauischen Regierungsrat, indem er in Betreff der Publikation insbesondere

anbrachte, es sei diese Maßregel sehr hart und diskreditierend und sie sollte nicht wegen geringfügiger Uebertretungen und schon bei der ersten Büßung in Anwendung kommen. Der Regierungsrat des Kantons Thurgau wies jedoch den Rekurs unterm 24. Dezember 1896 ab, indem er über den Hauptpunkt bemerkte: „Was „nun speziell die Strafe der Publikation betrifft, so ist sie zwar „im Gesetze nicht vorgesehen, aber stillschweigend gebilligt worden. „Es ist den Behörden anheimgestellt, diese Maßregel, die gerade „für die Lebensmittelpolizei im ganzen von guter Wirkung sein „dürfte, anzuwenden oder nicht, und es ließe sich kaum rechtfer„tigen, dieselbe nur bei Rückfall in Anwendung zu bringen. Was „verlangt werden muß, ist das, daß sie gleichmäßig in Anwendung „komme, also entweder in allen gleichartigen Fällen oder gar „nicht. In dieser Richtung macht der Gemeinderat geltend, daß es „mit dem Beschwerdeführer gehalten worden sei, wie mit anderen „Wirten, bei denen die Bierpression unrein war."

B. Gegen diesen Entscheid, soweit durch denselben die Publikation der Bußenverfügung in der „Thurgauer Zeitung" geschützt wurde, erhob Leuthold rechtzeitig den staatsrechtlichen Rekurs beim Bundesgericht. Er macht in erster Linie geltend, daß im thurgauischen Gesetz betreffend die öffentliche Gesundheitspflege und die Lebensmittelpolizei die Strafe der Publikation nicht vorgesehen sei, wie auch nicht in den bezüglichen Ausführungsverordnungen. Und nun dürfe nach eidgenössischem und kantonalem Verfassungsrecht, speziell Art. 9 der thurgauischen Verfassung, eine Strafe nur ausgesprochen werden, wenn dieselbe im Gesetze vorgesehen sei. Der angefochtene Entscheid verstoße auch gegen den Grundsatz der Gleichheit der Bürger vor dem Gesetze, da es nicht angehe, daß in der einen Gemeinde die Publikation solcher Bußerkenntnisse erfolge, in den andern dagegen nicht. Es werde dem Gemeinderat von Frauenfeld keineswegs der Vorwurf gemacht, daß er in diesem Punkte ungleich verfahre; allein die Gleichheit vor dem Gesetze beziehe sich nicht bloß auf ein Gemeindegebiet, sondern auf das Gebiet des ganzen Kantons, und darüber, daß nach der Willkür der Gemeinderäte überall ungleich verfahren werde, könne man sich mit Recht beschweren. Der thurgauische Regierungsrat ersucht in seiner Vernehmlassung um Abweisung des Rekurses. Die

Beantwortung der Frage, ob die Publikation von Bußerkenntnissen durch die Gemeindebehörden unzulässig sei, wenn das Gesetz dieselbe nicht ausdrücklich gestatte oder gar vorschreibe, hänge davon ab, ob die Publikation eine Strafe sei; denn wäre sie es, müßte sie im Gesetze oder in Vollziehungsverordnungen festgesetzt sein, um angewendet werden zu können. Diese Frage sei zu verneinen. So wenig als die Publikation von Urteilen in Civil- und Strafprozessen seitens eines Journalisten als rechtswidriger Eingriff in die persönlichen Verhältnisse des Betroffenen angesehen werden könne, so wenig könne darin etwas gesetzwidriges erblickt werden, daß eine Gemeindebehörde im Administrativprozesse, um damit abschreckenden Einfluß auszuüben, ihre Bußerkenntnisse publiziere. Daß die Publikation nicht in allen Gemeinden geschehe, beruhe darauf, daß die Verhältnisse verschieden seien und Anordnungen, die an größern Orten als zweckmäßig erscheinen, für kleinere Ortschaften unpraktisch oder doch unnötig sein könnten, schon weil die betreffende Maßnahme bei der geringen räumlichen Ausdehnung der Gemeinde ohnehin Publizität erlange. Aus diesem Grunde rechtfertige es sich auch, daß das Gesetz nicht allgemein die Publikation der Bußerkenntnisse angeordnet habe, obwohl dies eine auch anderwärts mit gutem Erfolge gehandhabte Maßregel sei. Rechtswidrig, aber damit noch nicht verfassungs- oder gesetzwidrig könnte die Publikation eines Bußenerkenntnisses dann sein, wenn diese nur ausnahmsweise, zur Chikane geschähe; dann wäre aber nicht der staatsrechtliche Rekurs, sondern eine civilrechtliche Verantwortlichkeitsklage das zutreffende Rechtsmittel.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Rekurs richtet sich, wie der Rekurrent ausdrücklich erklärt, nur gegen den zweiten Teil des gemeinderätlichen Erkenntnisses vom 23. November 1896, wodurch angeordnet wurde, daß für den Fall, daß die Rekursfrist unbenützt verstreichen sollte, der Entscheid zu publizieren sei. Nun ist zwar der Rekurs gegen letztern rechtzeitig ergriffen, allein es ist derselbe vom thurgauischen Regierungsrat abgewiesen und ein Rechtsmittel ist dagegen nicht ergriffen worden, so daß nunmehr die Voraussetzung, von der die Wirksamkeit der Verfügung betreffend die Publikation abhängig gemacht war, als eingetreten zu betrachten ist.

2. Der thurgauische Regierungsrat gibt zu, daß der Satz nulla pœna sine lege, der zwar in § 9 al. 2 der Thurgauer Verfassung kaum gefunden werden kann, in diesem Kanton Geltung hat, und daß die Verfügung betreffend die Publikation des Bußerkenntnisses deshalb nicht aufrecht erhalten werden könnte, wenn darin wirklich eine Strafe erblickt werden müßte. Allein er bestreitet, daß jener Verfügung Strafcharakter innewohne und behauptet im Gegenteil, man habe es lediglich mit einer administrativen Maßregel zu thun, die je nach den Umständen von den mit der Handhabung der Lebensmittelpolizei betrauten Gemeindebehörden angewendet werden könne. Daß im regierungsrätlichen Entscheide vom 27. Dezember 1896 die Publikation einmal eine Strafe genannt ist, kann nicht hindern, daß der Regierungsrat jetzt den angegebenen Standpunkt einnehme, zumal da an anderer Stelle des gleichen Entscheides für die fragliche Verfügung der Ausdruck „Maßregel" gebraucht wird, und da überhaupt im Grunde die Vernehmlassung auf dem nämlichen Gedanken beruht wie der angefochtene Entscheid. Übrigens hätte, auch wenn der thurgauische Regierungsrat angenommen hätte, daß der Publikationsverfügung Strafcharakter innewohne, das Bundesgericht frei zu prüfen, ob diese Annahme richtig sei oder nicht. In dieser Richtung ist zunächst thatsächlich festzustellen, daß unter der „üblichen" Publikation, wie sich das gemeinderätliche Erkenntnis ausdrückt, nach der Rekursschrift wohl die Veröffentlichung in der „Thurgauer Zeitung" zu verstehen ist und daß kein Anhaltspunkt dafür vorliegt, daß diese auf Kosten des Rekurrenten erfolgen solle. Einer derartigen Maßnahme ist nun aber, trotzdem sie vom Betroffenen vielleicht härter empfunden wird, als eine eigentliche Strafe, doch nicht ohne anderes der Charakter einer solchen beizumessen. Es kann damit auch ein anderer Zweck, als die Bestrafung des Schuldigen für ein begangenes Unrecht, verfolgt werden. So ist es nicht ausgeschlossen, daß die Veröffentlichung eines Urteils als Genugthuung für den Verletzten zur Anwendung gebracht werde, auch wo sie als Strafe des Verletzenden nicht vorgesehen ist (vgl. das Urteil des Bundesgerichtes i. d. A. S., Bd. XXI, S. 847), oder daß im öffentlichen Interesse die Publikation eines Erkenntnisses angeordnet wird, die sich dann in diesem Falle als ein Verwaltungsakt darstellt, zu dessen Vornahme die mit dem

Schutz der allgemeinen Interessen auf dem betreffenden Gebiete überhaupt betrauten Organe kompetent sind, welch' letztere denn auch einzig über die Zweckmäßigkeit der Maßregel zu entscheiden haben. Diese Auffassung wird auch in der Doktrin vertreten (vgl. Meyer, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 5. Auflage, S. 397 f. und v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 6. Auflage, S. 219), und findet, was das positive schweizerische Recht betrifft, eine gewisse Bestätigung darin, daß nach Stooß (Grundzüge I, S. 375) nur in einem Kanton, Neuenburg, die Publikation eines Strafurteils ausdrücklich als Strafe qualifiziert ist (vgl. auch den Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch, Art. 36). Es steht also grundsätzlich nichts entgegen, daß die Publikation eines Bußerkentnisses zu einem wesentlich administrativen Zwecke, aus Gründen des öffentlichen Wohles, angeordnet werde; und es scheint namentlich auf dem Gebiete der Lebensmittelpolizei das allgemeine Interesse des Publikums eine solche Maßregel zu fordern oder doch zu rechtfertigen (vgl. auch die Motive zu dem deutschen Nahrungsmittelgesetze vom 14. Mai 1879, worin, obwohl sich nach dem Gesetze die Publikation als eigentliche Strafe darstellt, doch anderseits gesagt ist: „Man wird es nur für gerechtfertigt erachten können, wenn in dieser Weise Fürsorge geschaffen wird, die Thatsache der Verfälschung zur Kenntnis des Publikums zu bringen, da auf dessen Seite ein berechtigtes Interesse anerkannt werden muß, diejenigen Verkäufer, welche sich einer gefährdenden oder unlautern Handlung der fraglichen Art schuldig gemacht haben, kennen zu lernen"; Bezold, die Gesetzgebung des deutschen Reiches, III. Teil, Bd. IV, S. 189). Daß man es aber vorliegend thatsächlich nicht mit einer Strafe, sondern mit einer administrativen Maßnahme zu thun hat, geht schon daraus hervor, daß die Publikation nicht auf Kosten des Rekurrenten, sondern auf Kosten der Gemeinde selbst vorgenommen wird, wie denn überhaupt der Zweck der Publikation nicht in der Bestrafung des Fehlbaren, sondern im Interesse der Allgemeinheit zu suchen ist, das die mit der administrativen Handhabung der sanitätspolizeilichen Vorschriften betrauten Behörden in der ihnen gut scheinenden Weise zu wahren haben. Demgemäß kann in der angefochtenen Verfügung eine Verletzung des Satzes nulla pœna sine lege oder gar eine Ver-

letzung des § 9, al. 2 der Thurgauer Verfassung nicht erblickt werden.

3. War aber der Gemeinderat von Frauenfeld zur Anordnung der Publikation des Bußerkenntnisses kompetent, so könnte von einer Verletzung des Grundsatzes der Gleichheit vor dem Gesetze höchstens dann noch die Rede sein, wenn dargethan wäre, daß der Rekurrent hinsichtlich der Publikation eine ausnahmsweise, willkürliche Behandlung erfahren hätte. Nun giebt er aber selbst zu, daß in Frauenfeld alle Wirte in der fraglichen Richtung gleich behandelt werden und daß in andern Gemeinden des Kantons anders verfahren wird, ist gleichgültig, weil, wie der Regierungsrat richtig hervorhebt, die administrative Zweckmäßigkeit der Maßnahme wesentlich auch von den lokalen Verhältnissen abhängt.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird abgewiesen.

Vierter Abschnitt. — Quatrième section.

Staatsverträge der Schweiz mit dem Ausland.

Traités de la Suisse avec l'étranger.

I. Staatsverträge über civilrechtliche Verhältnisse.

Rapports de droit civil.

Vertrag mit Frankreich vom 15. Juni 1869,
Traité avec la France du 15 juin 1869.

18. Urteil vom 31. März 1897 in Sachen Schweiz. Obstexportgesellschaft gegen Cahour.

A. Im Herbst 1895 schloß die Schweiz. Obstexportgesellschaft in Basel mit Paul Cahour in Redon (Bretagne, Frankreich), Franzose, Verträge über die Lieferung von Äpfeln ab und hinterlegte bei einer französischen Bank zur Sicherung ihrer aus diesen Verträgen hervorgehenden Verpflichtungen eine Summe von 3000 Fr. Während der Ausführung der Verträge kam es zu Differenzen zwischen Parteien. Cahour belangte die Schweiz. Obstexportgesellschaft vor dem Gerichte in erster Instanz in Redon auf Bezahlung eines Saldos für bereits gelieferte und Entschädigung wegen Nichtannahme weiterer vertragsgemäß zu liefernder Ware. Die Beklagte hat ihren Sitz in Basel und ist eine im Handelsregister eingetragene Genossenschaft. Zu ihrer Vertretung ist u. a. der Direktor Ernst Dreyfuß in Basel befugt. Auf welche Weise die Klage der Beklagten mitgeteilt wurde, ist nicht

nachgewiesen. Wahrscheinlich ist, daß die Notifikation an einen Angestellten der Beklagten, Namens Brodmann, der sich zur Abwicklung von Lieferungsgeschäften vorübergehend in Redon aufhielt, erfolgte und daß dieser den Avoué Conëtoux in Redon mit der Vertretung der Beklagten beauftragte. Dieser Avoué trat in dem in Redon geführten Prozesse als mündlich bevollmächtigter Vertreter der Beklagten auf, beantragte zweimal Verschiebung und wandte sich schriftlich an den Direktor Dreyfuß um Instruktion, erhielt aber keine solche. Das einzige, was er in dieser Beziehung erhielt, war eine Depesche vom 25. Oktober 1896 aus Stuttgart, wo sich Direktor Dreyfuß damals zur Abnahme und Weiterveräußerung des in Frankreich gekauften Obstes aufhielt. Die Depesche, deren Urheberschaft jedoch vom Direktor Dreyfuß bestritten wird, lautet: « Peu Wagon arrivés; aussitôt une partie arrivée, pourrons répondre; plaidez renvoi. Obstexport. » Am 14. November 1895, nach einer Verhandlung, in welcher beide Parteien vertreten waren, und der Vertreter der Beklagten die Kompetenz des französischen Gerichts nicht bestritt, verurteilte dieses nach materieller Prüfung der Sache, jedoch ohne weitere Prüfung seiner Kompetenz, die Beklagte, an den Kläger 5000 Fr. Entschädigung und 356 Fr. 60 Cts. Saldo für gelieferte Waren und die Kosten zu bezahlen. Der Kläger wurde ermächtigt, auf Rechnung seiner Forderung das Depositum von 3000 Fr. zu erheben. Der Avoué Conëtoux teilte dem Direktor Dreyfuß das Urteil mit, worauf derselbe am 7. Januar 1896 dessen Empfang bestätigte und den Vertreter beauftragte, die Appellation zu ergreifen, sowie ihm einen Advokaten zur Besorgung der Sache beim Appelhofe vorzuschlagen. In einem weitern Schreiben vom 15. Januar bespricht Direktor Dreyfuß wiederum die Appellation und stellt dem Avoué die Zahlung eines Honorar-Restes in Aussicht. Die Appellation wurde jedoch nicht durchgeführt, und das erstinstanzliche Urteil erwuchs in Rechtskraft. Auf Antrag des Cahour wurde das Urteil des Civilgerichts von Redon für den nach Abzug des Depositums von 3000 Fr. verbleibenden Rest durch das Civilgericht Basel am 15. Januar 1897 als in Basel vollziehbar erklärt. Das bezügliche Urteil stützt sich im wesentlichen auf folgende Erwägung: „Nun ist es aber ein auch

„bei Auslegung des schweizerisch-französischen Staatsvertrages von „1869 anerkanntes Prozeßrecht, daß die Parteien auf ein sonst „inkompetentes Gericht prorogieren können und daß eine solche „Prorogation auch ohne ausdrückliche Erklärung (stillschweigend) „dadurch erfolgt, daß sich die beklagte Partei auf die Klage vor „dem inkompetenten Richter einläßt, ohne die Einrede der Inkom„petenz zu erheben (Urteil des Bundesgerichts, Amtl. Samml. „Bd. XIII, S. 32 u. a. Citate), sowie daß in einem solchen „Falle der Richter der in Art. 11 des Staatsvertrages vorge„schriebenen Prüfung seiner Kompetenz enthoben ist." Ob eine solche Einlassung der Beklagten vor dem französischen Richter stattgefunden, fahren die Erwägungen fort, würde fraglich erscheinen, wenn die Beklagte, deren Angestellter Brodmann keine nachweisbare Vollmacht zur Prozeßführung in Redon besaß, und deren direktes Eingreifen in die Prozeßführung bis zum Erlaß des erstinstanzlichen Urteils nicht genau feststeht, nicht nach dem Erlaß durch ihren Direktor Dreyfuß mit dem Avoué Conëtour in einer Weise verhandelt hätte, daß dadurch die Legitimation desselben zur erstinstanzlichen Prozeßführung nachträglich hergestellt und der formelle Mangel der nicht an die Beklagte direkt erfolgten Notifikation der Klage geheilt worden wäre. Wenn nämlich Dreyfuß in der Bestellung eines Avoué durch Brodmann und in dessen Einlassung vor dem Gerichte in Redon eine Überschreitung der Befugnisse Brodmanns und ein eigenmächtiges Vorgehen des Avoué erblickt hätte, so müßte dies in seiner Korrespondenz mit dem Avoué zum Ausdrucke gekommen sein, was aber keineswegs der Fall sei. Das Appellationsgericht von Baselstadt, an welches die Sache weitergezogen wurde, bestätigte einfach dieses Urteil, ohne andere oder weitere Motive beizufügen.

B. Gegen das bestätigende Urteil des Appellationsgerichts ergriff die Obstexportgesellschaft den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht. Sie verlangt, daß dasselbe aufgehoben und Cahour mit seinem Exekutionsbegehren abgewiesen werde. Bezüglich des Thatbestandes verweist der Rekurs auf das Urteil des Civilgerichts. Es enthalte dasselbe Alles, was zur Beurteilung der Frage nötig erscheine. In rechtlicher Beziehung wird angebracht: Das Urteil, dessen Vollziehung bewilligt worden, sei von einem inkompetenten

Richter erlassen. Es sei sehr zweifelhaft, ob die vom Bundesgericht wiederholt acceptierte Ansicht, daß auf den ordentlichen Gerichtsstand in Art. 1 des schweizerisch-französischen Staatsvertrages von 1869 nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend verzichtet werden könne, richtig sei. Es dürfe nur dann von einer Prorogation gesprochen werden, wenn der Beklagte, nachdem er auf die Inkompetenz des Richters aufmerksam gemacht worden, sich dennoch auf den Streit eingelassen habe. Das scheine in dem Wortlaut: „Der Richter hat die Parteien von Amtes wegen an den kompetenten Richter zu weisen," zu liegen; es scheine dies auch aus dem erläuternden Protokoll hervorzugehen. Es komme oft vor, daß belangte Schweizer den Staatsvertrag nicht kennen und der Meinung seien, sie müssen sich auf den Streit einlassen. Der französische Advokat sei weit davon entfernt, sie auf die Bestimmungen des Vertrages aufmerksam zu machen und der französische Richter, dem der Staatsvertrag bekanntlich unbequem liege, werde in den allermeisten Fällen seine Kompetenz gar nicht prüfen. In einem solchen Falle, in welchem der beklagte Schweizer in Unkenntnis des Vertrages sich eingelassen habe, könne man von Prorogation nicht sprechen. Im vorliegenden Falle liege gar keine Einlassung vor. Der Angestellte Brodmann, welcher den Avoué Conëtoux bestellt habe, habe keine Befugniß gehabt, für die Gesellschaft zu handeln. Bis zur Urteilsfällung habe sich der zur Vertretung befugte Direktor Dreyfuß nie geäußert. Bis dahin sei also eine die Gesellschaft bindende Erklärung, welche die Kompetenz des an und für sich inkompetenten Richters hätte begründen können, nicht erfolgt. Die Vorinstanzen nehmen an, die Legitimation des Brodmann sei nachträglich dadurch hergestellt worden, daß dessen Handlungen durch Dreyfuß nicht desavouiert worden, daß vielmehr Dreyfuß über eine Appellation mit Conëtoux verhandelt habe. Dagegen sei vorerst zu bemerken, daß nicht appelliert worden sei, eine Einlassung durch Dreyfuß habe nicht stattgefunden, es sei nur zwischen Partei und Advokat verhandelt worden. Nun könne, was von Anfang an ungültig gewesen sei, nicht nachträglich dadurch gut gemacht werden, daß man die anfänglich ungültigen Handlungen nicht desavouiere. Die Briefe von Dreyfuß enthalten keine Billigung der Handlungen des Brodmann, sondern

Anfragen betreffend Appellation und Pourparlers wegen des Honorars und der Akten. Das Urteil sei also von einem inkompetenten Richter erlassen worden. Die Beklagte sei nicht gehörig citiert und nicht gehörig vertreten gewesen.

C. Das zur Beantwortung dieses Rekurses eingeladene Appellationsgericht hat einfach auf die Motive im Urteil des Civilgerichts verwiesen und eine Vernehmlassung von Dr. Blanchet namens des P. Cahour eingesandt. In der letztern wird ausgeführt: Es sei nicht richtig, daß sich der Direktor der Obstexportgesellschaft vor Erlaß des Urteils in die Streitsache nicht eingelassen habe: Er habe aus Stuttgart an den Avoué Conëtoux telegraphiert „plaidez renvoi, Obstexport." Brodmann sei zur Bestellung des Avoué und Aufnahme des Prozesses von Anfang an bevollmächtigt gewesen. Es sei vom Gerichte aus den Briefen des Direktors Dreyfuß an Conëtoux nicht die nachträgliche Genehmigung der Bevollmächtigung desselben angenommen, sondern es sei daraus gefolgert worden, daß Conëtoux seit Anfang des Prozesses in gültiger Weise bevollmächtigt gewesen sei. Würde die Rekurrentin mit ihrer Auffassung durchdringen, so könnte sich in Zukunft ein Schweizer, der vor ein französisches Gericht citiert würde, dort einlassen, und wenn der Prozeß zu seinen Ungunsten ausfiele, dann im Exekutionsverfahren die Kompetenz des französischen Richters bestreiten und einen neuen Entscheid provozieren.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die grundsätzliche Frage, welche in vorliegendem Falle von Neuem aufgeworfen wird, ob ein nach dem Gerichtsstandsvertrag zwischen der Schweiz und Frankreich inkompetenter Richter durch die stillschweigende Unterwerfung des Beklagten, d. h. durch Einlassung des in der Gerichtssitzung anwesenden Beklagten oder seines Vertreters auf die Klage, ohne Erhebung der foridekliniatorischen Einrede, kompetent werde und ob in solchen Fällen die Pflicht der amtlichen Prüfung der Kompetenz (Art. 11 des Staatsvertrages) cessiere, ist vom Bundesgericht im Falle Gonzenbach (Amtl. Samml., Bd. XIII, S. 32) mit Bezug auf den Gerichtsstand in Art. 1 des Staatsvertrages (actions mobilières et personnelles) bejahend entschieden worden. An dieser Auffassung ist festzuhalten Wenn auch zuzugeben ist, daß Art. 11 des Staatsvertrages und

das dazu gehörige erläuternde Protokoll nach ihrer Fassung Anhaltspunkte für eine andere Ansicht bieten, so ist dieselbe doch darin nicht direkt zum Ausdruck gelangt, während die Botschaft des Bundesrates vom 28. Juni 1869 (Bundesblatt 1869, II, 489) deutlich sagt: „Nach dem Wortlaut des Art. 3 wird die freie Vereinbarung im gewöhnlichen Sinne zu nehmen sein, so daß ein Gerichtsstand nicht bloß ausdrücklich, sondern auch stillschweigend gewählt werden kann. Eine stillschweigende Vereinbarung wird dann angenommen, wenn der Beklagte sich vor einem nicht zuständigen Richter auf den Streit eingelassen hat, ohne die Einrede der Inkompetenz zu erheben." Wenn auch dieser Erklärung keine authentische Bedeutung zukommt, wie dem Vertrag und Protokoll, so erscheint es dennoch zutreffend, sich an dieselbe zu halten, weil Vertrag und Protokoll der Auslegung bedürfen und die beinahe gleichzeitige Botschaft ihren Sinn in nicht mißzuverstehender Weise feststellt (vgl. Curti u. Brocher in ihren Monographien über den Staatsvertrag, S. 141 u. S. 95, sowie ferner den Bericht der ständerätlichen Kommission, Bundesblatt von 1869, II, S. 896).

2. Ist nach dem Gesagten die grundsätzliche Frage im Sinne der Zulässigkeit stillschweigender Prorogation zu beantworten, so fragt es sich weiter, ob eine solche stillschweigende Unterwerfung im vorliegenden Fall anzunehmen sei. Das Civilgericht von Basel hält dafür, und das Appellationsgericht ist dieser Ansicht beigetreten, in der Korrespondenz zwischen dem Direktor Dreyfuß und dem Avoué Conëtoux liege die Anerkennung, daß der Angestellte Brodmann zur Bestellung des Avoué und Letzterer zur Vertretung der Obstexportgesellschaft vor dem Gerichte in Redon berechtigt gewesen sei. Die Rekurrentin glaubt, hieraus ergebe sich der Schluß dennoch nicht, daß der französische Richter kompetent gewesen sei. Die anfänglich ungültige Prorogation habe nicht dadurch gültig werden können, daß man die anfänglich ungültigen Handlungen nicht desavouiert habe. Mit Recht hat der Vertreter des Cahour hiegegen bemerkt, das Civilgericht erblicke in der fraglichen Korrespondenz nicht eine nachträgliche Bestätigung der vom Avoué Conëtoux ohne Vollmacht vorgenommenen Vertretungshandlungen, sondern den Beweis, daß der Avoué von Beginn des Prozesses an in gültiger Weise ermächtigt gewesen sei. Diese

thatsächliche Feststellung der Vorinstanz steht weder mit dem Inhalt der Akten, noch mit den Vorschriften des Staatsvertrages im Widerspruch. Nach derselben ist aber die Prorogation durch einen hiezu ermächtigten Vertreter der Obsterportgesellschaft erfolgt und demgemäß für dieselbe verbindlich.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird abgewiesen.

II. Auslieferung. — Extradition.

Vertrag mit Russland. — Traité avec la Russie.

19. Urteil vom 10. März 1897 in Sachen Kluge.

A. Mit Note vom 7./19. Oktober 1896 verlangte die kaiserl. russische Gesandtschaft in Bern beim schweizerischen Bundesrate die Auslieferung des Eduard Kluge aus Rußland, der sich gegenwärtig in Wädensweil, Kantons Zürich, aufhält. Dieses Auslieferungsbegehren stützt sich auf zwei Ordonnanzen des Untersuchungsrichters für den 1. Distrikt des Kreises Pernau, worin gesagt ist: Durch eine von der Regierung von Livland veranlaßte Untersuchung habe sich ergeben, daß der ehemalige Bureauchef der Polizeiverwaltung in Pernau, Eduard Kluge, von verschiedenen Personen Marken, sowie Geld, um solche zu kaufen, erhalten habe, zum Zwecke des Umtausches von Pässen. Kluge habe das so erhaltene Geld unterschlagen, habe die auf den betreffenden Eingaben befindlichen Marken abgelöst, und gleichzeitig in dem Register falsche Einträge über die Korrespondenz bezüglich dieser Eingaben gemacht, welche Eingaben, nach Ablösung der Marken, nicht befördert, und teilweise von Kluge unterschlagen, teilweise vernichtet worden seien. Zwei von den Ausländern Schmiedel und Froh zum Austausch vorgewiesene Pässe habe Kluge in einem Wald in Curland weggeworfen, wo sie zufällig

von der Polizei gefunden worden seien. Nachdem Kluge ihm in amtlicher Stellung anvertraute staatliche und private Werte im Betrage von weniger als 300 Rubel unterschlagen, und zu diesem Zwecke zahlreiche Fälschungen in Ausübung seiner amtlichen Funktionen begangen habe, sei er in's Ausland geflohen, und habe seinen Dienst ohne Urlaub verlassen. Durch diese Handlungen habe sich Kluge der in Art. 362, 354 dritter Teil, 303 und 359 des russischen Code pénal genannten Verbrechen schuldig gemacht. Am 30. Dezember 1896/11. Januar 1897 übermittelte die kaiserlich russische Gesandtschaft dem schweizerischen Bundesrate einen vom 5. Dezember 1896 datierten Bericht der Staatsanwaltschaft in Riga, worin die in den bereits erwähnten Ordonnanzen gegen Kluge erhobenen Anschuldigungen wiederholt werden, und gesagt ist, die von Kluge begangenen Unterschlagungen übersteigen den Betrag von 50 Rubeln nicht, und bestehen in der Unterschlagung von Geldern im Betrag von 5 Rubeln, 30 Kopeken und von Marken, die Kluge auf den Eingaben entfernt habe.

B. Kluge protestierte gegen die Auslieferung. Er bestritt, sich der ihm vorgeworfenen Vergehen schuldig gemacht zu haben, und behauptete, es handle sich nur um einen Vorwand, um ihn wegen politischer Vergehen zur Rechenschaft ziehen zu können. Er habe nämlich mit verschiedenen Kollegen ein Flugblatt herausgegeben, worin Protest gegen die harte Behandlung erhoben worden sei, welcher die lutherische Geistlichkeit in Livland seitens der russischen Behörden ausgesetzt sei, und worin auch der willkürliche Entzug der Selbstverwaltung, welche der Provinz Livland von Alters her zugestanden habe, getadelt worden sei. Es sei zwar richtig, daß er auf dem Polizeibureau, wo ihm besonders die Revision der Pässe obgelegen, zwei Pässe weggenommen habe, um damit seine Flucht bewerkstelligen zu können; diese Handlungsweise könne aber unmöglich zu seiner Auslieferung führen, da sie im Zusammenhang mit einem politischen Vergehen stehe, und nicht als selbständiges Verbrechen betrachtet werden könne.

C. In einem der zürcherischen Justiz- und Polizeidirektion erstatteten Gutachten betreffend die Anwendbarkeit des Art. 3 Abs. 1 des schweizerisch-russischen Auslieferungsvertrages vom

Jahr 1873 in Hinsicht auf die zürcherische Strafpraxis bemerkt die zürcherische Staatsanwaltschaft: Die dem Kluge zur Last gelegten Delikte qualifizieren sich nach dem zürch. Strafgesetzbuch als Unterschlagung in idealer Konkurrenz mit absichtlicher Dienstpflichtverletzung im Sinne der §§ 171, 176 und 209 das. Für die Strafe wären die §§ 172 erster Teil und 210 des St.-G.-B. zu Grunde zu legen. Nach dem Berichte der Staatsanwaltschaft Riga vom 5./17. Dezember 1896 reduziere sich der unterschlagene Betrag auf circa 55—56 Rubel, nach heutigem Kurs etwa 150 Fr.; bei einem solch' geringfügigen Betrage seien die zürcherischen Gerichte, bei erstmaliger Bestrafung und gutem Leumund selbst unter Annahme der Konkurrenz mit vorsätzlicher Dienstpflichtverletzung selten über 6 Monate, jedenfalls nie über ein Jahr Gefängnis hinausgegangen. Es sei kaum anzunehmen daß Kluge, wenn er wegen der ihm zur Last gelegten Delikte von zürcherischen Gerichten beurteilt würde, mehr als höchstens einige Monate Gefängnis erhalten würde. Diesen Ausführungen stimmt die zürcherische Justiz- und Polizeidirektion in einer Zuschrift an das eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement vom 20. Februar 1897 vollständig bei.

D. Der Generalanwalt der Eidgenossenschaft spricht sich in seiner Vernehmlassung vom 25. Februar 1897 für die Verweigerung der Auslieferung aus, da laut dem Gutachten der zürch. Staatsanwaltschaft das Vergehen, wegen dessen die Auslieferung verlangt wird, gemäß der Auffassung des zürcherischen Rechts kein so schweres sei, daß es unter allen Umständen mit einer Gefängnisstrafe von mehr als einem Jahr bestraft werden müßte, und daher die in Art. 3 Abs. 1 des schweizerisch-russischen Auslieferungsvertrages enthaltene Voraussetzung der Auslieferungspflicht in casu nicht bestehe.

E. Mit Zuschrift vom 27. Februar 1897 übermachte der schweizerische Bundesrat dem Bundesgerichte die Akten zur Entscheidung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Laut Art. 1 des schweizerisch-russischen Auslieferungsvertrages vom 17./5. November 1873 haben sich die beiden Vertragsstaaten verpflichtet, einander diejenigen Personen gegenseitig

auszuliefern, welche wegen eines in Art. 3 dieses Vertrages genannten Verbrechens oder Vergehens verurteilt oder angeklagt sind, oder verfolgt werden. Die Thatsache der bloßen Verfolgung wegen eines solchen, unter Art. 3 des Auslieferungsvertrages fallenden Delikts genügt also zur Begründung des Auslieferungsbegehrens, und es kann deshalb auf die Einwendung des Requirierten, daß er die ihm zur Last gelegten strafbaren Handlungen gar nicht begangen habe, nicht eingetreten werden. Dagegen hat das Bundesgericht allerdings zu untersuchen, ob diese Handlungen den Thatbestand eines Deliktes ergeben, für welches die Auslieferung nach Art. 3 des Vertrages zu gewähren ist.

2. Verfolgt wird Eduard Kluge wegen Schriftenfälschung und Unterschlagungen, begangen in amtlicher Stellung, sowie wegen unbefugten Verlassens seines Amtes. Von diesen Delikten fällt zunächst das letztgenannte, das unbefugte Verlassen des Amtes, außer Betracht, da dieses Delikt unter den in Art. 3 Ziff. 1—16 des schweizerisch-russischen Auslieferungsvertrages aufgezählten Auslieferungsdelikten nicht genannt ist. Nach Ziffer 13 ibidem hat die Auslieferung (vorbehältlich der Bestimmung im ersten Alinea dieses Artikels) allerdings auch wegen Amtsmißbrauches zu erfolgen; allein es bedarf keiner weitern Ausführung dafür, daß dieser Verbrechensbegriff hier nicht zutrifft, da nicht gesagt werden kann, daß Derjenige, welcher sein Amt unbefugterweise verläßt, dasselbe durch diese Handlung mißbrauche.

3. Als Auslieferungsdelikte sind dagegen in Art. 3 cit. diejenigen der Schriftfälschung (Ziff. 10) und der Veruntreuung durch öffentliche Beamte (Ziff. 13) genannt. Gemäß Alinea 1 dieses Artikels ist die Auslieferung wegen dieser Delikte zu gewähren, sofern sie nach den Gesetzen beider Staaten eine Strafe von mehr als einem Jahr Gefangenschaft nach sich ziehen. Ein erstes Erforderniß der Auslieferungspflicht ist hiernach, daß die dem Requirierten zur Last gelegten, und als Schriftenfälschung und Veruntreuung durch öffentliche Beamte bezeichneten Handlungen nach den Gesetzen beider Staaten überhaupt mit Strafe bedroht seien. Dies trifft bezüglich der dem Requirierten vorgeworfenen Unterschlagungshandlungen zu. Denn die An-

schuldigung geht dahin, daß Kluge in gewinnsüchtiger Absicht Marken und Gelder, die ihm in amtlicher Stellung anvertraut waren, sich rechtswidrig angeeignet habe; hierin liegt auch nach dem Rechte des ersuchten Staates, d. h. in casu dem zürcherischen Strafrechte, ein unter Strafe gestelltes Vergehen, nämlich, dasjenige der Unterschlagung (§ 171 des zürch. St.-G.-B.). Anders verhält es sich dagegen rücksichtlich der Schriftenfälschung. Die dem Requirierten vorgeworfenen falschen Bucheinträge bilden nicht eine selbständige Strafthat; es wird nicht behauptet, daß diese Fälschungen in gewinnsüchtiger Absicht vorgenommen worden seien, vielmehr muß nach der Sachdarstellung des Untersuchungsrichters von Pernau und dem Berichte der Staatsanwaltschaft von Riga angenommen werden, daß der Requirierte dieselben lediglich zum Zwecke gemacht habe, die Entdeckung der begangenen Veruntreuungen zu verhindern. Im zürcherischen Strafgesetzbuche bildet nun aber die Schriftfälschung ein selbständiges Delikt nur, wenn sie in der Absicht, sich oder Andern einen rechtswidrigen Vorteil zu verschaffen, oder Andern Schaden zuzufügen, an einer öffentlichen Urkunde begangen wird (§ 102 zürch. St.-G.-B.).

4. Die Entscheidung über die Frage, ob dem gestellten Auslieferungsbegehren Folge zu geben sei, hängt hienach einzig davon ab, ob das dem Requirierten zur Last gelegte Vergehen der Unterschlagung in öffentlicher Stellung nach den Gesetzen beiden Staaten eine Strafe von mehr als einem Jahr Gefangenschaft nach sich ziehe. Diese letztere, in Art. 3 Al. 1 des Auslieferungsvertrages statuierte Voraussetzung der Auslieferungspflicht ist, wie das Bundesgericht bereits in seiner Entscheidung vom 15. März 1886 in Sachen Kompowsky (Amtl. Samml. der bundesgerichtl. Entsch. Bd. XII, S, 132, Erw. 2) ausgesprochen hat, dahin auszulegen, daß es nach den gesetzlichen Strafandrohungen beider Vertragsstaaten sicher sein muß, daß das dem Requirierten zur Last gelegte Delikt mit einer Strafe von mehr als einem Jahr Gefängnis belegt wird. Nun ergibt sich aus dem Berichte des Staatsanwaltes von Riga, daß das Verbrechen, welches dem Requirierten vorgeworfen wird, nicht schwerer Natur war; der Wert der entwendeten Marken und Gelder betrug nach diesem Berichte nicht mehr als höchstens 135 Fr. Laut dem Gutachten

der zürcherischen Staatsanwaltschaft sind die zürcherischen Gerichte bei derartigen Fällen selbst bei Konkurrenz mit vorsätzlicher Dienstpflichtverletzung selten über ein Strafmaß von 6 Monaten, jedenfalls nie über ein Jahr Gefängnis hinausgegangen, sofern nicht der Angeklagte (was hier nicht behauptet wird) übel beleumdet oder rückfällig war. Nach diesem Gutachten, auf welches mit um so größerer Beruhigung abgestellt werden darf, als dasselbe durch einzelne aus der zürch. Strafgerichtspraxis angeführte Fälle unterstützt wird, wäre kaum anzunehmen, daß Kluge, wenn er wegen der ihm zur Last gelegten Verbrechen von zürcherischen Gerichten beurteilt würde, mehr als höchstens einige Monate Gefängnis erhalten würde. Es kann daher nicht gesagt werden, daß es nach den gesetzlichen Strafandrohungen beider Vertragsstaaten sicher sei, daß das in Frage kommende Delikt mit einer Strafe von mehr als einem Jahr Gefängnis belegt werde, weshalb die begehrte Auslieferung nicht zu bewilligen ist.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Auslieferung des Eduard Kluge wird nicht bewilligt.

B. CIVILRECHTSPFLEGE

ADMINISTRATION DE LA JUSTICE CIVILE

I. Abtretung von Privatrechten. — Expropriation.

20. Urteil vom 24. Februar 1897 in Sachen Schuler gegen Gotthardbahngesellschaft.

A. Der Antrag der Instruktionskommission ging dahin:

1. Der Rekurs wird abgewiesen und es hat in allen Teilen beim Entscheid der Schätzungskommission sein Bewenden.

2. Die 359 Fr. 10 Cts. betragenden Instruktionskosten werden dem Rekurrenten auferlegt und es haften zur Deckung derselben die von den Parteien geleisteten Baarvorschüsse. Es steht somit der Gotthardbahn für den Betrag ihres Vorschusses von 150 Fr. der Regreß auf den Rekurrenten zu. Ueberdem hat der Rekurrent die Gotthardbahn außerrechtlich mit 27 Fr. zu entschädigen.

B. Dieser Urteilsantrag wurde von der Expropriantin angenommen, nicht dagegen vom Expropriaten.

C. In der heutigen Verhandlung beantragt der Vertreter des Rekurrenten, es sei der Rekurs in dem Sinne gutzuheißen, daß die Bahngesellschaft verpflichtet werde, dem Rekurrenten den Schaden nach Maßgabe des Gutachtens der bundesgerichtlichen Experten zu ersetzen.

Der Vertreter der Rekursbeklagten trägt auf Abweisung des Rekurses unter Kosten- und Entschädigungsfolge an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Rekurrent betreibt in Goldau in seinen zwei Häusern

ein Milchgeschäft. In Folge Erstellung eines neuen Aufnahmegebäudes und einer neuen Bahnanlage kamen seine Häuser hart an die Bahn zu liegen, und wurde ihm zudem der Zugang durch Abschneiden der Straße Goldau-Steinerberg erschwert. Sein Grundstück selber wurde gänzlich intakt gelassen. Er verlangte vor der Schätzungskommission, die Bahngesellschaft sei zu verpflichten, eine Überfahrt oder fahrbare Unterfahrt in der Richtung der bisherigen Straße nach Goldau zu erstellen, eventuell ihm für erschwerten Verkehr in seinem Geschäfte 4000 Fr. und für Minderwert der Liegenschaft und Schädigung der Milch im Keller durch Erschütterung 3000 Fr. Entschädigung zu bezahlen. Die Bahngesellschaft bestritt jegliche Entschädigungspflicht. Nach dem Gutachten der bundesgerichtlichen Experten beträgt der Umweg, den der Rekurrent jetzt zu machen hat, 284 Meter; der ihm entstandene Schaden in Folge Erschwerung des Geschäftsverkehres und Minderwert der Liegenschaft wird auf 1200 Fr. beziffert, und ausgeführt, von einer Schädigung der Milch könne keine Rede sein. Heute hält der Rekurrent nur noch in dem sub Fakt. C erwähnten Umfange an seinen Begehren fest. Die Bahngesellschaft anerkennt auch heute noch keine Entschädigungspflicht.

2. Daß dem Rekurrenten durch die Verlegung der Straße ein Schaden entstanden ist, kann nach dem Gutachten der bundesgerichtlichen Experten nicht bezweifelt werden. Fraglich und entscheidend ist dagegen, ob er der Bahngesellschaft gegenüber ein Recht auf Ersatz dieses Schadens besitze. In dieser Hinsicht ist zu sagen: Nach dem Begriffe der Expropriation, und so auch nach dem eidgenössischen Expropriationsgesetze, Art. 1, ist Voraussetzung der Entschädigungspflicht, daß das Eigentum oder ein anderes Recht an Immobilien abgetreten werden muß. Nun behauptet der Rekurrent in der That, es stehe ihm ein solches Recht zu, und zwar auf den ungestörten Fortbestand der Straße; er leitet dieses Recht ab aus § 4 des schwyzerischen Gesetzes über die Expropriation vom Februar 1871, welcher folgendermaßen lautet:

„Anspruch auf volle Entschädigung hat auch der Eigentümer, von welchem zwar keine Abtretung verlangt wird, dessen Gebäude oder Grundstück aber in Folge von Aufdämmungen oder Abgrabungen nicht mehr zweckmäßig benutzt werden kann.“

3. Danach entsteht zunächst die Frage, ob das Bundesgericht zur Anwendung und Auslegung dieser kantonalen Gesetzesbestimmung kompetent sei. Dies wäre insofern zu bejahen, als auf diesen Artikel ein nach dem eidgenössischen Expropriationsgesetz zu verfolgender Anspruch gestützt wird. Denn, wie das Bundesgericht in seinem Urteile i. S. Frau Herzog-Gahnder gegen Centralbahn vom 15. Oktober 1896 ausgeführt hat, es ist nach eidgenössischem Civilprozeßgesetz in Uebereinstimmung mit Theorie, Praxis und Gesetzgebung der für die Hauptfrage — hier die Frage der Entschädigung — zuständige Richter kompetent auch zur Beurteilung über den Umfang der Rechte, auf welche der Entschädigungsanspruch gestützt wird. Würde dagegen der betreffende Artikel nur einen expropriationsrechtlichen Charakter haben, so könnte er in casu nicht angewendet werden, da hierauf bezüglich allein das eidgenössische Expropriationsgesetz Geltung haben kann. Ob ihm nun eine andere — nachbarrechtliche — Bedeutung zukommt, ist in concreto nicht zu entscheiden; denn auch wenn er zur Anwendung kommen sollte, müßte dennoch das vom Expropriaten daraus hergeleitete Recht verneint werden. Der fragliche Artikel giebt dem Eigentümer, von dem eine Abtretung nicht verlangt wird, unter zwei Voraussetzungen einen Entschädigungsanspruch.

Er fordert:

a. daß Aufdämmungen oder Abgrabungen stattfinden und

b. daß in Folge derselben das Grundstück nicht mehr zweckmäßig benutzt werden kann.

Diese beiden Voraussetzungen nun sind in concreto, wie aus Erwägung 1 hervorgeht, gar nicht vorhanden. Daß dieser Artikel ein eigentliches Privatrecht auf den ungestörten Fortbestand einer öffentlichen Straße anerkenne und einen Entschädigungsanspruch für alle und jede Schädigung, die in Folge Aufhebung oder Verletzung einer solchen entsteht, begründe, kann aus demselben nicht abgeleitet werden; vielmehr zeigt gerade sein Wortlaut, daß nur in ganz exceptionellen Fällen ein so weitgehender Schadenersatzanspruch aufgestellt werden wollte. Das schwyzerische Gesetz hat sich also keineswegs die in der Doktrin z. B. von Regelsberger, Pandekten, Bd. I, § 113 (S. 422 f.) und von Dernburg, Pandekten, Bd. I, § 72 Nr. 7, und in der Praxis vieler deutscher

Gerichte vertretene Ansicht, es sei ein Grundsatz des heutigen Rechts, daß Schädigungen der Privatrechtssphäre durch Maßregeln, die im Interesse der Gesamtheit getroffen werden, von der Gesamtheit zu vergüten seien, zu eigen gemacht. Übrigens wäre es nach Art. 3 der eidg. C.-P.-O., welcher, wie schon oft ausgesprochen, auch auf die Expropriationsprozesse Anwendung findet, Sache des Rekurrenten gewesen, nachzuweisen, daß der Art. 4 des schwyzerischen Expropriationsgesetzes von den schwyzerischen Gerichten in dem von ihm behaupteten Sinne interpretiert wird; dieser Nachweis ist ihm aber nicht gelungen.

4. Es fehlt somit der Entschädigungsforderung des Rekurrenten die notwendige gesetzliche Grundlage. Denn aus Art. 1 des eidg. Expropriationsgesetzes kann ein Anspruch nicht hergeleitet werden, da eben ein Privatrecht, in welches eingegriffen würde, fehlt. Nach konstanter bundesgerichtlicher Praxis entsteht kein Anspruch auf Entschädigung, weil bisherige publizistische Rechte des Gemeingebrauchs durch Bahnanlagen erschwert oder beschädigt, oder weil bloß faktische Vorteile entzogen werden. Faktische Vorteile sind vielmehr nur dann zu berücksichtigen, wenn eine Enteignung wirklich stattfindet; vergl. Schelcher, die Rechtswirkungen der Enteignung, S. 261 ff. Es genügt in dieser Hinsicht auf das Urteil des Bundesgerichts i. S. Gaudy und Dormann gegen V. S. B. vom 15. März 1894 (Amtl. Slg. XX, S. 63) zu verweisen, dessen Erwägung 5 wörtlich auf den vorliegenden Fall zutrifft, sowie auf Bundesger. Entsch. VI, S. 444, Erw. 4.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Urteilsantrag der Instruktionskommission, Dispositiv 1 und 2, wird zum Urteil erhoben.

21. Urteil vom 10. März 1897 in Sachen Bühlmann gegen Centralbahn.

A. Der Urteilsantrag der Instruktionskommission vom 8. Juni 1896 geht dahin:

1. Die schweizerische Centralbahngesellschaft ist verpflichtet, dem Andreas Bühlmann in Luzern als Entschädigung für den ihm durch die Tieferlegung des Trottoirs längs seinem Hause entstehenden Schaden die Summe von 2400 Fr. (inbegriffen die schon von der Schatzungskommission definitiv zugesprochenen 300 Fr. für Beeinträchtigung in seinen Rechten während der baulichen Veränderungen an seinem Hause) zu bezahlen, nebst Zins zu $4^1/_2$ % von der Inangriffnahme der Arbeiten an.

2. Mit seinen weitergehenden Begehren wird Expropriat abgewiesen.

3. Die 246 Fr. 80 Cts. betragenden Instruktionskosten fallen zu Lasten der Bahngesellschaft.

4. Die außerrechtlichen Kosten der Parteien werden gegenseitig wettgeschlagen.

B. Nachdem die Instruktionskommission einem Begehren des Expropriaten auf Ergänzung der Expertise entsprochen hatte, verfügte sie unterm 26. Januar 1897:

1. Der gutachtliche Entscheid (Urteilsantrag) vom 8. Juni 1896 wird bestätigt.

2. Die seitherigen Instruktionskosten im Betrage von 35 Fr. 70 Cts. werden dem Expropriaten auferlegt.

C. Dieser Urteilsantrag wurde von der Bahngesellschaft angenommen, nicht aber vom Expropriaten. In der heutigen Hauptverhandlung stellt der Anwalt dieses letztern den Antrag, sein Rekurs sei in dem Sinne gutzuheißen, daß die Bahngesellschaft verpflichtet werde, dem Expropriaten 4400 Fr. zu bezahlen, nebst Zins seit der Inangriffnahme der Arbeiten, d. h. 2400 Fr. gemäß dem Entscheid vom 8. Juni 1896 und 2000 Fr. für Schaden, der dem Expropriaten durch den Viadukt entstehe, unter Kostenfolge. Der Anwalt der Bahngesellschaft beantragt Abweisung

dieser Anträge und Bestätigung des Urteilsantrages der Instruktionskommission, unter Kostenfolge.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Expropriat A. Bühlmann ist Eigentümer eines Hauses an der Baslerstraße, Luzern, hart an dem Übergang der S.-C.-B. über diese Straße, gelegen. Er betreibt daselbst eine Mehl- und Spezereihandlung. Während dieser Übergang bisher zu ebener Erde gewesen, und durch eine Barriere geschützt war, wird derselbe nunmehr gehoben, die Baslerstraße tiefer gelegt, und führt die Bahn auf einer eisernen Brücke über die Straße.

2. Für den Schaden, der dem Bühlmann durch die Tieferlegung des Trottoirs längs seinem Hause entstanden ist, wurde ihm durch den oben Fakt. A wiedergegebenen Urteilsantrag der Instruktionskommission vom 8. Juni 1896 eine Entschädigung von 2400 Fr. nebst 4 $^1/_2$ % Zins von der Inangriffnahme der Arbeiten an zugesprochen; in diesem Punkte ist der Urteilsantrag von beiden Parteien angenommen worden.

3. Außerdem hat Bühlmann behauptet, sein Haus werde durch die Brückenanlage entwertet, da dadurch das erste Stockwerk verfinstert werde, und auch die Unannehmlichkeit eintrete, daß diese Anlage der Bahn den Insassen der Züge den Einblick in die Wohnung gestatte. Diesen Schaden sei er berechtigt, im Expropriationsprozeß geltend zu machen, da die Brücke die für Bauten vorgeschriebene gesetzliche Distanz von seinem Haus nicht einhalte, wodurch in eine ihm zustehende Legalservitut eingegriffen werde. Die Bahngesellschaft bestritt, daß hier von Verletzung einer Legalservitut gesprochen werden könne; nicht nur stelle die projektierte Straßenüberführungsbrücke keine Baute im Sinne des Baugesetzes dar, sondern es befinde sich auch diese Brücke, an welcher Expropriat Anstoß nehme, unbestrittenermaßen auf dem Gebiete der öffentlichen Straße, an welcher Expropriat kein Privatrecht habe, noch haben könne, weshalb auch die Verletzung eines Privatrechts durch die Brückenanlage ausgeschlossen sei.

4. Die bundesgerichtlichen Experten haben sich über die Frage, welcher Schaden der Liegenschaft des Expropriaten durch die Viaduktanlage entstehe, dahin ausgesprochen, die Erhöhung des jetzigen Bahnkörpers bis 23 cm. über den I. Stock (Fensterbank) bringe allerdings für den I. Stock einen Verlust an Aussicht und

dazu mehr Störung durch Lärm in der Wohnung durch die Bewegung der vorbeifahrenden Züge mit sich. Für die übrigen Etagen könne nicht von einem eigentlichen Schaden gesprochen werden. Wenn auch in Zukunft das Haus in der Richtung von der Stadt her wegen des Viaduktes nicht mehr so leicht und so weit hin sichtbar sein werde, wie bisher, so werde durch den Wegfall des Niveauübergangs ohne Zweifel ein um so viel besserer, leichterer, weil ungehinderter Zugang entstehen. Für ein Geschäft wie dasjenige des Expropriaten habe der stets freie Zugang viel größern Wert als die Sichtbarkeit des Lokals auf größere Distanz bei einem Zugang mit Hindernissen. Der Kreis der Kundschaft werde sich in demselben Verhältnis ausdehnen, in welchem Zeit gewonnen werde durch den Wegfall der wohl 100 mal tagsüber geschlossenen Barriere. Die Liegenschaft des Expropriaten werde daher eher im Werte steigen. In ihrem Nachtragsgutachten fügten die Experten noch bei: der Mietzins möge eine Reduktion von 90—100 Fr. per Jahr erleiden. Die Reduktion werde aber wieder abnehmen, und wahrscheinlich ganz verschwinden, wenn die Leute den Vorteil des Wegfalles des Niveauüberganges einmal ganz eingesehen haben werden; jedenfalls seien die Nachteile, für sich allein betrachtet, mit dem Betrage von 2000 Fr. völlig entschädigt. Die aus dem Wegfallen des Überganges für das Haus entstehenden Vorteile seien mindestens so hoch als diese Nachteile.

5. Gestützt auf dieses Gutachten der Experten, an dessen Richtigkeit nicht zu zweifeln ist, muß die heute einzig noch streitige Entschädigungsforderung wegen des Eingriffs in die behauptete Legalservitut des Expropriaten abgewiesen werden. Abgesehen von den, hier nicht in Frage kommenden, Bestimmungen der Art. 4—7 des Expropriationsgesetzes besteht der Anspruch des Expropriaten gegenüber dem Exproprianten gemäß Art. 3, Al. 1 des Exp.-Gesetzes in dem (vollen) Ersatz aller Vermögensnachteile, welche ihm aus der Abtretung ohne seine Schuld erwachsen. Eine auf Art. 3, Al. 1 des Expropriationsgesetzes gegründete Forderung aus Expropriation setzt also voraus, daß der Expropriat durch die Expropriation, d. h. durch die Thatsache, daß er zur Abtretung von Eigentum oder anderen, auf unbewegliche Sachen bezüglichen Rechten gezwungen wird, einen Vermögensschaden erleide. Erwächst ihm hieraus ein Vermögensschaden nicht, so hat er gemäß Art. 3,

Al. 1 des citierten Bundesgesetzes auch keinen Entschädigungsanspruch. Von einem Vermögensschaden kann aber offenbar dann nicht gesprochen werden, wenn die Vorteile, die dem Expropriaten daraus entstehen, daß das öffentliche Werk auf seinem Grund und Boden errichtet wird, die damit im Zusammenhang stehenden Nachteile aufwiegen, oder gar übersteigen. Das gleiche muß auch dann gelten, wenn es sich nicht um Abtretung von Eigentum, sondern von dinglichen, auf unbewegliche Sachen bezüglichen Rechten handelt. Wenn dem Expropriaten ein Vermögensvorteil gerade dadurch erwächst, daß das öffentliche Werk in einer Weise errichtet wird, die den Eingriff in eine ihm zustehende Servitut zur Folge hat, und dieser Vorteil den Vermögenswert der Servitut aufwiegt, oder übersteigt, so erleidet er durch diese Expropriation keinen Schaden, und es mangelt demnach an der Grundlage für die in Art. 3 des Expropriationsgesetzes gewährte Schadenersatzforderung. Denn es ist klar, daß da, wo die nach der einen Richtung hin verursachte Schädigung zugleich nach einer andern Richtung hin eine Werterhöhung bedingt, nicht einseitig bloß die nachteiligen Einwirkungen in's Auge gefaßt werden dürfen, sondern daß es bei der Frage, ob dem Expropriaten aus der Abtretung Vermögensnachteile erwachsen, auf das Gesamtresultat der Einwirkung ankommt, welche das öffentliche Werk auf die Liegenschaft des Expropriaten ausübt, indem es auf Grund und Boden, oder damit zusammenhängende dingliche Rechte desselben hinübergreift. Aus dem zweiten Absatz des citierten Art. 3 folgt für das schweizerische Expropriationsrecht nichts Gegenteiliges. Nach Art. 3, Abs. 2 des Expropriationsgesetzes dürfen allerdings Vorteile, welche sich für den Expropriaten in Folge des Unternehmens ergeben, bei der Ausmittlung der Entschädigung nur insofern in Abrechnung gebracht werden, als der Abtretungspflichtige durch dasselbe von besonderen Lasten, die ihm vorher oblagen, befreit wird. Allein diese Bestimmung bezieht sich nicht auf Fälle der vorliegenden Art; sie stellt den Nachteilen aus der Expropriation die Vorteile gegenüber, welche aus dem Unternehmen sich ergeben, und bestimmt, daß diese Vorteile nur unter gewissen Bedingungen mit den Nachteilen aus der Expropriation zur Kompensation verwendet werden dürfen, von der (gewiß richtigen) Anschauung ausgehend, daß es unbillig wäre, den Abtretungspflich-

tigen durch Zulassung einer solchen Verrechnung zu einem Beitrage an das Unternehmen zu zwingen, während für die übrigen Grundeigentümer derselben Gegend, die aus dem Unternehmen gleiche Vorteile ziehen, eine Beitragspflicht nicht besteht. Würde die Beitragspflicht an das Unternehmen davon abhängig gemacht, ob der Beitragspflichtige an dasselbe Rechte abzutreten habe oder nicht, so würde damit unzweifelhaft eine nicht gerechtfertigte Ausnahmestellung des Abtretungspflichtigen, ein unzulässiges privilegium odiosum desselben geschaffen. Eine derartige Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Bürger liegt aber nicht vor, wo es sich nicht um die aus dem Unternehmen überhaupt, sondern lediglich um die aus der Expropriaton selbst erwachsenden Vorteile handelt; da der Expropriat diese Vorteile gerade durch die Anlage erlangt, welche seine Expropriation bedingt, kann er sich nicht darüber beschweren, wenn dieselben bei der Bemessung seiner Entschädigung mit in Anschlag gebracht werden.

6. In casu sind nun die Vorteile, welche die Experten hervorgehoben haben, solche, die sich unmittelbar aus der Expropriation selbst ergeben. Die nämliche Anlage, welche einen Eingriff in die vom Expropriaten behauptete Legalservitut enthält, bewirkt zugleich diese Vorteile; dieselben sind ebenso unmittelbare Folgen der Expropriation, wie die geltend gemachten Nachteile. Für die zu entscheidende Frage, ob Expropriat durch diesen Eingriff eine Vermögenseinbuße erlitten habe, müssen sie daher, nach den obstehenden Ausführungen, mit in Anschlag gebracht werden, und da sie die Nachteile mindestens aufwiegen, ist die Entschädigungsforderung abzuweisen.

7. Nach dem Gesagten braucht auf den Umstand, daß die Brücke, wie seitens des Expropriaten unbestritten geblieben ist, auf der öffentlichen Straße erstellt wird, in welchem Falle von einer Legalservitut des Bühlmann nicht gesprochen werden kann, gar nicht weiter abgestellt zu werden.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Urteilsantrag der Instruktionskommission vom 8. Juni 1896 wird zum Urteil erhoben.

II. Heimatlosigkeit. — Heimatlosat.

22. Urteil vom 25. März 1897 in Sachen Diehl gegen Kanton Luzern.

Mit Klage vom 17. März 1897 stellte Paul Johannes Diehl für sich und seine Familie beim Bundesgericht gegen den Kanton Luzern die Begehren, es sei dieser gehalten, im Sinne des Art. 22 des Gesetzes vom 3. Mai 1850 dem Kläger und seiner Familie für den Verlust ihrer deutschen Staatsangehörigkeit und die daraus entstandene Heimatlosigkeit zu haften und demnach anzuhalten, genannte Personen im Sinne des citierten Gesetzes im Kanton Luzern und Gemeinde einzubürgern, unter Kostenfolge. Der Kläger Paul Johannes Diehl, wird angebracht, sei früher Angehöriger des deutschen Reiches gewesen. Im Jahre 1874 habe er sich, unter Einlage seiner heimatlichen Ausweisschriften, in Vitznau, Kantons Luzern, niedergelassen, wo er mit einer Luzernerin sich verehelicht und sechs Kinder gezeugt habe. Im Jahre 1895 habe Diehl beim Bundesrat um die Gestattung des Erwerbes des Schweizerbürgerrechts nachgesucht. Anläßlich der Behandlung dieses Gesuches habe es sich herausgestellt, daß Kläger in Folge Nichterneuerung seiner Schriften das deutsche Staatsbürgerrecht verloren habe und somit heimatlos geworden sei. Trotzdem mit Rücksicht hierauf eine Entlassungsurkunde von den heimatlichen Behörden nicht erhältlich gewesen sei, habe der Bundesrat dem Kläger die Bewilligung zur Erwerbung des Schweizerbürgerrechts erteilt. Dagegen habe ihn die Gemeinde Vitznau mit seinem Gesuch um Aufnahme in den dortigen Gemeindeverband abgewiesen. Da nun aber gerade die Gemeinde Vitznau die Schuld an der Nichterneuerung der Ausweisschriften treffe, indem letztere dem Kläger nie ausgehändigt worden seien, so habe sie, bezw. der betreffende Kanton für die Folgen, d. h. die Heimatlosigkeit des Klägers und seiner Familie aufzukommen.

In Erwägung:

Nach Art. 49 O. G. urteilt das Bundesgericht allerdings über Anstände betreffend Heimatlosigkeit nach Anleitung des Bundesgesetzes vom 3. Dezember 1850. Allein eine Streitigkeit über

Heimatlosigkeit im Sinne des letztern Gesetzes liegt zur Zeit wenigstens gar nicht vor. Es ist nämlich überhaupt noch nicht festgestellt, ob der Kläger und seine Familie wirklich heimatlos seien. Diese Aufgabe aber fällt nach Vorschrift genannten Bundesgesetzes dem Bundesrate zu, der nach Art. 7, Ziff. 1 insbesondere untersuchen soll, ob die in Frage stehenden Personen nicht einem Kantone oder auswärtigen Staate als heimatberechtigt angehören, und der auch diejenigen Schritte zu tun hat, die nach der auf den vorliegenden Fall wohl zutreffenden Bestimmung in Art. 8, Abs. 2 des deutsch-schweizerischen Niederlassungsvertrages vom 31. Mai 1890 zur Regelung eines derartigen Verhältnisses geboten erscheinen. Ferner hat sich wiederum der Bundesrat in erster Linie darüber auszusprechen, welchem Kantone die Pflicht der Einbürgerung Heimatloser obliege, und zu einem durch das Bundesgericht zu erledigenden Streit kann es nur kommen, wenn sich der betreffende Kanton weigert, die Verfügung des Bundesrates anzuerkennen, welch' letzterer denn auch einzig zur Klage legitimiert erscheint (vgl. den Entscheid i. S. Polizeidepartement Baselstadt, A. S., Bd. I, S. 530 f.),

hat das Bundesgericht beschlossen:

Auf die Klage des Paul Johannes Diehl wird nicht eingetreten und es wird diesem überlassen, sich an den Bundesrat zu wenden.

III. Organisation der Bundesrechtspflege.
Organisation judiciaire fédérale.

23. *Arrêt du 22 janvier 1897 dans la cause Süss contre Blandin.*

A. Le 1er avril 1896, dame Süss née Revaclier, à Plainpalais (Genève), a requis et obtenu l'autorisation de séquestrer au préjudice de dame Blandin née Carroux les immeubles propriété de cette dernière situés dans la commune d'Avully, lieu dit au Martinet. Elle agissait comme créancière

de dame Blandin 1° d'une somme de 2088 fr. 90 c. et intérêts et 2° d'une somme approximative de 600 francs pour frais. Comme cas de séquestre elle alléguait que la débitrice célait ses biens dans l'intention de se soustraire à ses engagements. Le 4 avril, l'ordonnance de séquestre fut exécutée par l'office. A teneur du procès-verbal, les immeubles sont taxés 5700 fr. et mention est faite qu'ils sont grevés d'hypothèques et déjà saisis. Une copie de ce procès-verbal fut adressée à la débitrice le 7 avril et lui parvint le lendemain.

Le 9 avril parut dans la *Feuille des avis officiels* un extrait d'un acte reçu par le notaire Maquemer le 7 août 1894 et 7 avril 1896 constatant la vente à un sieur Prod'hon des immeubles qui avaient fait l'objet du séquestre et ce pour le prix de 5800 fr. Le jour de la passation de cet acte, soit le 7 avril, le notaire Maquemer avait versé en mains de l'office des poursuites la somme de 1600 fr. 95 c., solde de sommes dues par dame Blandin-Carroux à dame Süss-Revaclier en vertu de poursuites antérieures au séquestre et qui avaient donné lieu à la saisie des immeubles du Martinet. Ce versement fut remis à dame Süss le 10 avril et eut pour effet de faire tomber la dite saisie.

Par exploit du 9 avril, dame Blandin ouvrit une action en contestation du cas de séquestre dans laquelle elle conclut à la mise à néant du séquestre et à la condamnation de dame Süss en 300 francs de dommages-intérêts. — Celle-ci conclut de son côté au maintien du séquestre et à la condamnation de dame Blandin aux dommages-intérêts et à l'amende comme plaideur téméraire.

Le tribunal de première instance repoussa la demande et confirma le séquestre, sans toutefois condamner dame Blandin à des dommages-intérêts. — Ensuite d'appel, la Cour de justice civile, par arrêt du 28 novembre 1896, réforma ce jugement, annula le séquestre et condamna dame Süss à payer les frais des deux instances, les parties étant déboutées de toutes autres conclusions. Contrairement à la manière de voir admise par la première instance, la Cour de justice estima que le cas de séquestre invoqué n'était pas établi;

elle constata en outre qu'aucun dommage n'était démontré en dehors des frais de procès.

B. Dame Süss a recouru au Tribunal fédéral et conclut à ce qu'il lui plaise :

Déclarer le recours recevable et se déclarer compétent pour en connaître ;

Réformer l'arrêt du 28 novembre 1896 en ce qu'il a admis la contestation de dame Blandin au cas de séquestre exécuté contre elle et condamné la recourante aux dépens ;

Dire que celle-ci était fondée à requérir le dit séquestre en vertu des § 2 et 5 de l'art. 271 L. P. ;

Dire que ce séquestre ressortira tous ses effets ;

Débouter dame Blandin de ses conclusions et la condamner aux dépens.

Dans son mémoire, la recourante cherche tout d'abord à établir la compétence du Tribunal fédéral. Elle expose en résumé ce qui suit à ce sujet : La réclamation pour laquelle il a été procédé au séquestre est supérieure à 2000 francs ; l'estimation des immeubles séquestrés atteint même 5700 francs. D'autre part la cause appelle l'application des lois fédérales, puisque la recourante soutient que l'art. 271 LP. a été violé ou faussement appliqué. Le recours répond donc aux conditions posées par les art. 57 et 59 de l'organisation judiciaire. Il est vrai que dans des sphères analogues le Tribunal fédéral a décliné sa compétence. La recourante estime toutefois que les motifs invoqués à l'appui de ces prononcés ne sont pas décisifs. En effet, les art. 56 à 59 OJF. posent le principe général que le recours en réforme au Tribunal fédéral est toujours permis quand il a une certaine importance pécuniaire et qu'il s'appuie sur une violation d'une loi fédérale. Il n'y a d'exceptions à cette règle que celles qui résultent d'un texte de loi exprès. Or le Tribunal fédéral infère du texte des art. 63, chiffre 4 et 65 § 2 OJF. que, en dehors des cas prévus aux art. 148, 250 et 284 LP., les causes qui s'instruisent par la voie accélérée ne peuvent faire l'objet d'un recours en réforme. Mais il y a lieu d'observer tout d'abord que les dispositions précitées ne règlent qu'une question de délai,

l'art. 63, chiffre 4, concernant la communication des jugements des tribunaux cantonaux et l'art. 65 fixant le délai de recours au Tribunal fédéral dans les cas des art. 148, 250 et 284 LP. La loi ne parlant pas des autres cas qui s'instruisent en la forme accélérée, l'on peut en conclure qu'en ce qui concerne ces autres cas les délais ordinaires de communication des jugements et de recours ne sont pas modifiés. Mais c'est aller trop loin que de déduire de ce silence du législateur que le recours en réforme serait interdit dans les cas de procédure accélérée ne rentrant pas dans les art. 148, 250 et 284 LP. S'il y a doute, c'est au principe général qu'il faut recourir. Dans le cas particulier, il ne s'agit pas pour la recourante d'une question de procédure pure, mais d'une question touchant au fond du droit. Le séquestre maintenu, c'est la vente Prod'hon nulle de plein droit; le séquestre annulé au contraire, c'est la dite vente consolidée et susceptible seulement d'être attaquée par la voie de l'action révocatoire. Dans son arrêt en la cause Favre contre Santavicca, du 20 juillet 1896, le Tribunal fédéral, tout en proclamant son incompétence pour examiner le cas de séquestre, reconnaît néanmoins qu'il est compétent pour connaître de la demande en dommages-intérêts ayant pour cause le séquestre. Ce partage de compétence est peu conforme au rôle du Tribunal fédéral comme Tribunal supérieur. L'examen du cas de séquestre par les tribunaux cantonaux porterait ainsi sur une sorte de question préjudicielle et ferait règle pour le Tribunal fédéral, qui n'aurait plus à examiner que le quantum de l'indemnité. Aux yeux de l'avocat de la recourante, la solution la plus satisfaisante et la plus juridique serait celle qui permettrait au Tribunal d'examiner à la fois la demande de dommages-intérêts et l'acte qui en est la base. Avec la solution adoptée par lui le Tribunal fédéral, s'il avait la conviction qu'un séquestre a été légitimement pratiqué, bien que la nullité en ait été prononcée par les autorités cantonales, se verrait quand même obligé de déclarer fondée en principe la demande de dommages-intérêts formulée par le saisi, ce qui serait contraire à son rôle d'autorité judiciaire suprême. Il est à remarquer que le

Tribunal fédéral, comme autorité supérieure de surveillance, est aujourd'hui en situation d'assurer l'exécution uniforme de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite. Pourquoi, comme Tribunal suprême, n'assurerait-il pas aussi l'interprétation uniforme de la même loi ? S'il n'est pas en son pouvoir de le faire, le vœu du législateur n'est pas réalisé et les bigarrures les plus étranges pourront apparaître dans l'application de la loi.

Vu ces faits et considérant en droit :

1. — Le dernier jour du délai de recours tombant sur le dimanche 20 décembre 1896, le recours déposé le lendemain serait à considérer comme formé en temps utile (art. 65 et 41, al. 2 OJF.), à supposer qu'il fût recevable, ce qui n'est pas le cas. Il a été jugé déjà à plusieurs reprises (voir arrêts dans les causes Danneberg et Schaper c. Renz, du 26 janvier 1895; Schröder c. Demôle du 27 juin 1896, *Rec. off.* XXII, page 449; Favre c. Santavicca du 20 juillet 1896, *ibidem*, page 887, cons. 1) que le recours au Tribunal fédéral n'est pas admissible, pour cause d'incompétence, dans les procès en annulation de séquestre, attendu que les contestations de cette nature, ainsi que cela résulte en particulier des art. 63, chiffre 4 et 65, al. 2 de l'organisation judiciaire, ne sont pas des causes civiles au sens des art. 56 et suiv. de cette loi. Cette manière de voir doit être maintenue. Les objections que lui oppose la recourante ne sont pas fondées. Elles reposent sur l'opinion qu'en vertu des principes généraux posés aux art. 56 et suiv. OJF., le recours serait admissible dans les contestations en matière de séquestre et qu'une restriction de la règle établie par la loi ne pourrait être déduite des art. 63, chiffre 4 et 65, al. 2 OJF., lesquels n'ont trait qu'à la fixation de délais. Mais cette opinion n'est pas exacte.

Les procès en annulation de séquestre sont sans doute des causes civiles, lorsque la créance qui a donné lieu au séquestre est une créance civile, en ce sens qu'il s'agit du maintien ou de l'annulation d'un acte de procédure requis pour la protection d'un droit privé. Ce ne sont pas néanmoins des causes civiles proprement dites, attendu qu'ils ne donnent pas lieu à

un prononcé sur l'existence ou la non-existence de la prétention civile en vertu de laquelle le séquestre a été requis, mais uniquement sur l'existence ou la non-existence d'un cas de séquestre, c'est-à-dire sur une question de procédure, touchant à la forme de la protection juridique. En tirant des art. 63, chiffre 4 et 65, al. 2 OJF. la déduction que les causes civiles dont font mention les art. 56 et suiv. de la même loi doivent être entendues dans le sens étroit, qui exclut les procès en annulation de séquestre, le Tribunal fédéral a incontestablement interprété la loi d'une manière correcte. Si le législateur était parti de l'idée que le recours au Tribunal fût possible dans les procès en annulation de séquestre, il serait incompréhensible qu'il n'eût pas établi pour ces contestations comme pour celles, soumises aussi à la procédure accélérée, mentionnées aux art. 63, chiffre 4 et 65. al. 2 OJF., des délais abrégés pour la communication des jugements et l'exercice du recours. En soumettant les contestations en annulation de séquestre à la procédure accélérée, le législateur fédéral a reconnu que les mêmes raisons militaient en faveur d'une solution rapide dans ces cas comme dans les autres soumis à la même procédure. Le message du Conseil fédéral du 5 avril 1892, à l'appui du projet de loi d'organisation judiciaire (*Feuille fédérale* 1892, II, page 160), reconnaît aussi que les contestations mentionnées aux art. 63, chiffre 4 et 65, al. 2 de la dite loi, sont les seules de celles soumises à la procédure accélérée par la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite qui puissent donner lieu à un recours au Tribunal fédéral. Il est vrai sans doute que par suite de l'exclusion du recours au Tribunal fédéral dans les procès en annulation de séquestre, des interprétations divergentes des dispositions légales sur cette matière peuvent se produire dans les différents cantons, ce qui est le cas également pour d'autres dispositions de la même loi. Cette considération n'a cependant pas paru au législateur fédéral suffisamment grave pour le déterminer, au risque de prolonger la procédure, à accorder dans les contestations de cette nature un recours à l'instance fédérale.

2. — D'après ce qui précède, il n'y a pas lieu, pour cause d'incompétence, d'entrer en matière sur le recours. Celui-ci ne soulève en effet pas d'autre question que celle de la validite ou de l'invalidité du séquestre, puisque la demanderesse n'a pas recouru contre l'arrêt de la Cour de justice et qu'ainsi la réclamation de dommages-intérêts pour cause de séquestre injustifié n'est plus en discussion.

Par ces motifs :

Le Tribunal fédéral

prononce :

Il n'est pas entré en matière sur le recours pour cause d'incompétence.

---

24. Urteil vom 22. Januar 1897 in Sachen Knöpfli-Kägi gegen Brodbeck & Tamm.

A. Der Kläger, Bauunternehmer A. Knöpfli-Kägi in Basel, hatte für die Beklagten, Brodbeck & Tamm, Sandsteinfabrik in Pratteln, im Jahre 1894 Arbeiten für den Bau eines Fabrikgebäudes in Pratteln übernommen. In einem Friedensrichtervorstand vom 5. Februar 1896 stellte er das Rechtsbegehren, es seien die Beklagten zur Bezahlung von 2128 Fr. 30 Cts. für geleistete Arbeit im Jahre 1894, zur Zahlung von 232 Fr. 20 Cts. für berechneten Cement vom 28. Juli 1894, zusammen zur Bezahlung von 2360 Fr. 50 Cts. nebst Zins seit 31. Juli 1894 à 5 % zu verurteilen, unter ordentlicher und außerordentlicher Kostenfolge. In seiner gerichtlichen Klage reduzierte indeß der Kläger seine Forderung für im Jahre 1894 geleistete Arbeit um 500 Fr., also auf 1628 Fr. 30 Cts., so daß seine Gesammtforderung sich nunmehr auf 1860 Fr. 50 Cts. nebst Zins belief. Die Beklagten trugen auf Abweisung der Klage an und forderten ihrerseits widerklagend aus dem gleichen Geschäfte vom Kläger Bezahlung eines Betrages von 1991 Fr. 10 Cts. samt Zins à 5 % vom 28. November 1895 an. Die beiden Instanzen, das Obergericht des Kantons Basellandschaft durch Urteil vom 4. De-

zember 1896, haben die Klage abgewiesen, die Widerklage dagegen gutgeheißen.

B. Gegen das obergerichtliche Urteil, welches ihm am 23. Dezember 1896 eröffnet worden sei, ergriff der Kläger vermittelst einer, vom 11. Januar 1897 datierten, am 12. gl. Mts. dem Obergericht eingereichten Berufungsschrift die Berufung an das Bundesgericht, indem er die Anträge stellte: „Es sei das Urteil des Obergerichts des Kantons Basellandschaft vom 4. Dezember 1896, mitgeteilt am 23. gl. Mts., aufzuheben, die Beklagten mit ihrem Widerklagsbegehren abzuweisen und schuldig zu erklären, uns noch restanzliche 822 Fr. 45 Cts. herauszubezahlen. Eventuell es sei die Sache zur Vervollständigung, namentlich zur neuerlichen Einvernahme des Zeugen Leuenberger im Sinne der nachstehenden Erörterungen und zur neuen Beurteilung an das kantonale Gericht zurückzuweisen, unter Folge sämtlicher Kosten." In der Berufungsschrift führte der Kläger rücksichtlich der Kompetenz des Bundesgerichts aus: Da die Gegenpartei über den klägerischen Anspruch hinaus in ihrer Antwort aus dem gleichen Vertragsverhältnisse noch eine Gegenforderung von 1991 Fr. 10 Cts. stelle, so drehe sich der Rechtsstreit faktisch für jede Partei um eine Summe von 3851 Fr. 60 Cts. Die Berufung sei daher statthaft. Die Ausnahmebestimmung des Art. 60, Abs. 2, Organis.-Ges., daß der Betrag einer Widerklage mit demjenigen der Hauptklage nicht zusammengerechnet werde, treffe in casu nicht zu. Dieselbe könne sich nur auf solche Widerklagen beziehen, die nicht aus einem und demselben Rechtsverhältnisse sich herleiten, sondern sich auf einen ganz andern Gegenstand beziehen. Eine andere Auffassung, wonach Streitigkeiten, die an und für sich ein Ganzes bilden, und die für jede Partei Summen bedeuten, welche den gesetzlichen Streitwert erreichen, der bundesgerichtlichen Kognition entzogen würden, wäre eine Verletzung des Art. 4 und des Art. 58 der Bundesverfassung. Das Bundesgesetz könne doch die Verschiedenartigkeit der kantonalen Prozeßvorschriften über die Widerklage nicht sanktionieren, sondern müsse alle Widerklagen gleich behandeln, in dem Sinne, daß konnexe Ansprüche und Kompensationseinreden als ein Rechtsstreit zur Beurteilung gelangen können. § 53 der basellandschaftlichen C.-P.-O. bestimme, daß bei Widerklagen der höhere Wert,

sei es derjenige der Klage oder der Widerklage, die Zuständigkeit des Gerichts bestimme. Analog angewendet werde in casu der höhere Wert der Widerklage auch die Kompetez des Bundesgerichts begründen. Noch weiter gehe Hafner, Zeitschrift für schweiz. Recht N. F., Bd. III, pag. 175, welcher sage, der Gegenstand der Widerklage sei mit demjenigen der Hauptklage zusammenzurechnen, wenn beide Ansprüche nach eidg. Rechte zu beurteilen seien.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Da die Sache unzweifelhaft nach eidgenössischem Rechte zu beurteilen ist, so hängt die Kompetenz des Bundesgerichtes davon ab, ob der gesetzliche Streitwert gegeben ist.

2. Maßgebend hiefür sind nach Art. 59 Organis.-Gesetz die von den Parteien in Klage und Antwort vor dem erstinstanzlichen kantonalen Gerichte angebrachten Rechtsbegehren. Danach ist denn unzweifelhaft, daß für die Streitwertsberechnung nicht die vor Friedensrichteramt gestellten Begehren, sondern die in Klage und Antwort vor dem Erstinstanzgericht gestellten Anträge entscheidend sind. Nun erreicht weder die Klage, noch die Widerklageforderung, für sich allein, den gesetzlichen Streitwert. Die Kompetenz des Bundesgerichts wäre daher nur dann begründet, wenn der Gegenstand der Klage und der Widerklage zusammengerechnet werden könnten. Dies wird aber durch Art. 60, Abs. 2, Organis.-Gesetz ausdrücklich ausgeschlossen, und es ist daher das Bundesgericht nicht kompetent. Der Berufungskläger meint freilich, die „Ausnahmebestimmung" des Art. 60, Abs. 2, Organis.-Ges. finde dann keine Anwendung, wenn Klage und Widerklage auf dem gleichen Rechtsgeschäfte beruhen, sie sei nur dann anwendbar, wenn die Widerklage auf einen ganz andern Gegenstand sich beziehe, als die Hauptklage. Dies ist aber mit dem klaren Wortlaute und Sinne des Gesetzes unvereinbar. Art. 60, Abs. 2, Organis.-Ges. enthält keine „Ausnahmebestimmung", sondern entscheidet die Frage, ob für die Streitwertsberechnung, der Betrag der Haupt- und der Widerklage zusammenzurechnen seien, allgemein und grundsätzlich. Er unterscheidet nicht darnach, ob die Widerklage mit der Hauptklage konnex sei oder nicht, sondern schließt die Zusammenrechnung allgemein auch bei konnexen Widerklagen aus, trotzdem ja dem eidgenössischen Gesetzgeber natürlich bekannt war, daß konnexe

Widerklagen vorkommen, ja, nach mehreren kantonalen Prozeßgesetzen die einzig zulässigen seien. Danach darf denn auch der Richter nicht eine Unterscheidung in das Gesetz hereintragen, welche demselben fremd und von ihm nicht gewollt, ja gegenüber Schwankungen der frühern Praxis (s. Entsch. des Bundesgerichts, Bd. XII, S. 189, Erw. 3; 197, Erw. 2; Bd. XIV, S. 336 ff. Erw. 3; S. 478, Erw. 5) offenbar mit Bewußtsein reprobiert ist. Inwiefern die vom Berufungskläger angerufenen Art. 4 und 58 B.-V. für die vorliegende Frage der Streitwertberechnung in Betracht fallen können, ist nicht einzusehen.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird wegen Inkompetenz des Gerichts nicht eingetreten und es hat demnach bei dem Urteile des Obergerichts des Kantons Basellandschaft vom 4. Dezember 1896 sein Bewenden.

---

25. Urteil vom 22. Januar 1897 in Sachen Fenkart gegen Vorarlberger Stickereigenossenschaft.

A. Durch Urteil vom 17. Dezember 1896 hat das Kantonsgericht St. Gallen erkannt: Die Klage ist abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat der Kläger die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit dem Antrag, die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger den laut Zahlungsbefehl und Leitschein geforderten Betrag von 30,000 Fr., zuzüglich 5 % Zins vom 1. Januar 1895 an, anzuerkennen und zu bezahlen.

Mit Eingabe vom 4. Januar 1897 stellt der Anwalt der Berufungsbeklagten die Anträge:

1. es sei auf die Berufung mangels Kompetenz des Bundesgerichtes nicht einzutreten.

2. eventuell sei die Berufung als unbegründet abzuweisen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Heinrich Fenkart, der Vater des gegenwärtigen Klägers, wurde am 12./15. Januar 1894 aus der Vorarlberger Stickerei-

genossenschaft in Dornbirn (Oesterreich), welche eine registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung, gemäß dem österreichischen Gesetze über Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 9. April 1873 ist, wegen strafrechtlicher Verurteilung ausgeschlossen. Er hatte in derselben 120 Geschäftsanteile à 100 Gulden in Gold besessen, wofür er das entsprechende Kapital von 30,000 Fr. einbezahlt hatte. Durch Cessionsakt vom 6. Mai 1896 trat Heinrich Fenkart sein Guthaben an der Vorarlbergerstickereigenossenschaft in Dornbirn im Betrage von 30,000 Fr., zuzüglich 5 % Verzugszinsen seit 1. Januar 1895, seinem Sohne Josef Fenkart in St. Gallen zu freiem Eigentum ab. Josef Fenkart erwirkte für diese Forderung im Mai 1896 in St. Gallen Arrest auf dort liegende Ware der beklagten Genossenschaft und erhob hernach dort gerichtliche Klage auf Anerkennung und Bezahlung der Forderung samt Verzugszins à 5 % seit 1. Januar 1895. Die beklagte Genossenschaft bestritt die Klage vollständig, eventuell zur Zeit, indem sie wesentlich vorbrachte: Der Anspruch des Heinrich Fenkart auf das Genossenschaftsvermögen sei laut § 56 der Genossenschaftsstatuten, sowie nach dem maßgebenden österreichischen Rechte, welches mit Art. 183 O.-R. übereinstimme, unübertragbar, könnte daher von ihm selbst oder seinen Erben, nicht aber von einem angeblichen Cessionar geltend gemacht werden. Ein Genossenschaftsanteil sei überdem keine gewöhnliche Forderung, sondern ein Anspruch an ein Genossenschaftsvermögen, dessen Bestand und Höhe erst festgestellt werden könne, wenn das Haftungsjahr des ausgeschiedenen Genossenschafters abgelaufen und der Rechnungsabschluß für dasselbe genehmigt sei. In casu sei nun das Haftungsjahr 1895 zwar abgelaufen, dagegen der Rechnungsabschluß für dasselbe noch nicht genehmigt, welch' letzterer Umstand in der Revision früherer Bilanzen und einem pendenten Steuerrekurse seine Begründung finde. Beide Instanzen (Bezirksgericht St. Gallen und Kantonsgericht des Kantons St. Gallen) haben die Klage abgewiesen, das Kantonsgericht durch Urteil vom 16. Dezember 1896 und im wesentlichen mit folgender Begründung: Die (wie es scheint von der Beklagten gestützt auf eine Schiedsgerichtsklausel ihrer Statuten bestrittene) Kompetenz der st. gallischen Gerichte sei begründet. Dagegen sei

der Kläger aktiv zur Sache nicht legitimiert. § 56 der Statuten der beklagten Genossenschaft bestimme, daß die Geschäftsanteile nicht übertragbar seien, daß namentlich jede Cession, Verpfändung oder sonstige Belastung derselben der Genossenschaft gegenüber, welcher sie zunächst wegen aller Verpflichtungen des Inhabers haften, durchaus unverbindlich seien. Diese statutarische Bestimmung sei gemäß § 83 des österreichischen Gesetzes über Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 6. April 1873 gültig und, wie in Interpretation der Genossenschaftsstatuten des nähern ausgeführt wird, auch gegenüber einem ausgeschlossenen Gesellschafter wirksam und verbindlich, zumal für so lange, als das Haftungsjahr nicht abgelaufen, bezw. die Rechnung über dasselbe nicht genehmigt sei. Danach habe es dann dem nunmehr in St. Gallen wohnhaften Heinrich Fenkart auch im Sinne des Art. 183 O.-R. nicht zugestanden, die in St. Gallen für einen dort wohnenden Cessionar gefertigte Cession vom 6. Mai 1896 auszustellen und es sei diese daher der Beklagten gegenüber nicht gültig.

2. In erster Linie und von Amtes wegen muß die Kompetenz des Bundesgerichtes geprüft werden. Da der gesetzliche Streitwert gegeben ist und das angefochtene Urteil sich zweifellos als Haupturteil qualifiziert, so hängt dieselbe davon ab, ob in der Sache eidgenössisches Recht anwendbar oder von der Vorinstanz angewendet worden ist.

3. Nun ist zunächst klar, daß die Vorinstanz in That und Wahrheit ausschließlich österreichisches und nicht schweizerisches Recht angewendet hat. Freilich nimmt sie beiläufig auf Art. 183 O.-R. Bezug. Allein dies bedeutet, wie der Zusammenhang der Urteilsbegründung zeigt, doch nicht, daß sie für die entscheidende Frage der Übertragbarkeit der eingeklagten Forderung schweizerisches Recht für anwendbar erachten würde, sondern es wird damit nur gesagt, daß die Anwendung des Art. 183 O.-R. zum gleichen Ergebnis führen müßte, wie diejenige des österreichischen Rechts.

4. Die Annahme der Vorinstanz, es sei in der Sache nicht schweizerisches, sondern österreichisches Recht anwendbar, ist denn auch begründet. Es kann einem Zweifel gewiß nicht unterliegen, daß das Forderungsverhältnis zwischen dem Cedenten Heinrich

Fenkart und der beklagten Genossenschaft ausschließlich vom österreichischen Rechte beherrscht wird; nach diesem Rechte muß danach auch beurteilt werden, ob Heinrich Fenkart zu Abtretung seiner Forderung befugt oder ob die Übertragbarkeit derselben durch gültige Vereinbarung ausgeschlossen war. Der Umstand, daß die Cession vom 6. Mai 1896 in der Schweiz stattfand, und daß, was übrigens nicht einmal sicher feststeht, damals schon Cedent und Cessionar in der Schweiz gewohnt haben mögen, ändert hieran nichts. Die Cession als selbständiges Rechtsgeschäft zwischen Cedent und Cessionar untersteht allerdings nicht schlechthin dem Ortsrechte der abzutretenden Obligation, sondern es gilt für dieselbe (die Haftung des Cedenten, u. s. w.) dasjenige örtliche Recht, welchem eben das selbständige Cessionsgeschäft untersteht. Dagegen bleibt die Stellung des Schuldners einer abgetretenen Forderung nach wie vor der Cession durch dasjenige Recht beherrscht, welches für diese Forderung von Anfang an maßgebend war; nach diesem Rechte muß sich insbesondere die Frage beurteilen, ob die Forderung überhaupt übertragbar oder vielmehr, insbesondere wegen vertraglichen Ausschlusses der Übertragbarkeit unübertragbar war. Denn bei dieser Frage handelt es sich ja eben um den Inhalt der Obligation, wie sie zwischen dem Schuldner und dem Cedenten begründet wurde, und dieser kann sich nur nach dem diese Obligation beherrschenden, in casu also nach österreichischem Rechte beurteilen (vrgl. Entsch. des Bundesger., Amtl. Samml., Bd. XVIII, S. 522 u. ff.).

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird nicht eingetreten und es hat demnach bei dem Urteile des Kantonsgerichts des Kantons St. Gallen vom 16. Dezember 1896 sein Bewenden.

26. *Arrêt du 13 février 1897, dans la cause Bonaccio contre Loosli.*

Par jugement du tribunal civil du district d'Aarberg du 19 juillet 1877, Charles Bonaccio, originaire d'Italie et domicilié à Saint-Imier, a été reconnu pour être le père de Charles-Albert Loosli, né le 5 avril 1877, fils illégitime de Sophie-Emma Loosli, originaire de Sumiswald. En même temps, il a été condamné à payer 25 francs pour les frais de couches de la dite Sophie-Emma Loosli, et un subside annuel de 350 fr., payable par semestre d'avance, pour les frais d'entretien et d'éducation de l'enfant Ch.-Alb. Loosli, jusqu'à ce que ce dernier ait atteint l'âge de 17 ans révolus.

Au moment de son accouchement, Sophie-Emma Loosli était à peine âgée de 17 ans. Elle s'est mariée peu après, n'étant pas encore majeure, avec un nommé Jules Hofer, de Zurich, mais par jugement du 5 mars 1879, le divorce fut prononcé entre ces époux.

Pendant la durée de ce mariage, soit sous date du 21 juillet 1878, Sophie-Emma Lossli et son mari Jules Hofer ont signé une pièce conçue en ces termes : « Nous soussignés, nous déclarons que nous acquittons Charles Bonaccio, peintre à Saint-Imier, du jugement rendu contre lui à Aarberg, le 19 juillet 1877 et que nous prenons l'enfant à notre charge, à condition que MM. Charles et Ange Bonaccio signent ci-dessous qu'ils laisseront mes parents et nous tranquilles sous tous les rapports. (signé) Jules Hofer; Emma Hofer-Loosli; Ange et Charles Bonaccio. »

Pendant de longues années après cette déclaration, aucune prestation ne fut réclamée de Charles Bonaccio en exécution du jugement du 19 juillet 1877. Par acte du 4 août 1892, dame Hofer née Loosli, qui habite l'Italie depuis l'année 1878, a, pendant un séjour temporaire qu'elle faisait en Suisse, cédé tous ses droits contre Charles Bonaccio à son fils Charles-Albert Loosli, représenté par son tuteur. Se basant sur cette cession le dit tuteur, Emile Marti, négociant à

Sumiswald, a intenté au nom de son pupille, ayant droit de sa mère, une action à Charles Bonaccio devant le tribunal du district de Courtelary, concluant à ce que le défendeur soit condamné : 1) à participer à l'alimentation et à l'entretien de Ch.-Alb. Loosli, né le 5 avril 1877, conformément au jugement rendu par le tribunal d'Aarberg le 19 juillet 1877; 2) à payer les sommes en retard par 5775 francs avec intérêts selon la loi, le tout avec dépens.

Le défendeur opposa d'abord à cette action une exception péremptoire, tirée de la prescription, pour toutes les sommes réclamées pour la période antérieure au 19 juillet 1888, et il conclut, au fond, au rejet pur et simple des conclusions de la demande, avec suite de frais, en faisant valoir en substance :

Le défendeur Bonaccio n'est pas le père véritable de l'enfant Loosli; le demandeur n'a pas le droit de requérir l'exécution du jugement rendu par le tribunal d'Aarberg; il n'est pas légitimé activement, attendu que la créance résultant de ce jugement est de sa nature incessible, de sorte que l'acte du 4 août 1892 ne peut déployer aucun effet. Au surplus, dame Hofer et son mari ont donné quittance pleine et entière à Bonaccio sous une condition qui se rapportait à la naissance de Charles-Albert Loosli, et cette condition a été exécutée par Ange et Charles Bonaccio.

Dans sa réplique, le demandeur a conclu au rejet de l'exception péremptoire, attendu que depuis la date du jugement, le défendeur a reconnu maintes fois ses obligations, et interrompu ainsi la prescription, à laquelle le dit défendeur a ainsi renoncé. La quittance du 21 juillet 1878 a été arrachée à dame Hofer, que Bonaccio accusait d'avoir eu des relations incestueuses avec son père adoptif, le sieur Schrader, à Saint-Imier; Bonaccio menaça ce dernier de lui faire un mauvais parti. Dans sa duplique, le défendeur a prétendu que dans la quittance du 21 juillet 1878 la condition exigée était que les frères Bonaccio ne dénonçassent pas le beau-père de dame Hofer, pour inceste.

Après la clôture de la procédure probatoire par le président du tribunal de Courtelary, le défendeur a déclaré, à l'audience

du 16 avril 1896, ne pas vouloir prétériter le dit tribunal de district, et il a conclu dès lors à ce qu'il ne fût pas fait droit à la demande de prétérition soulevée par Emile Marti.

Le juge civil de Courtelary renvoya toutefois la cause directement à la Cour d'appel et de cassation du canton de Berne, attendu qu'il s'agissait de l'application d'une loi fédérale, et qu'il y avait lieu de faire application de l'art. 268 al. 3 du Cpc. bernois, à teneur duquel, dans les cas qui peuvent être portés par voie de recours devant le Tribunal fédéral, la prétérition du tribunal de district doit avoir lieu à la requête d'une seule des parties.

Par jugement du 25 septembre 1896, la Cour d'appel et de cassation a admis l'exception péremptoire soulevée par le défendeur, pour toutes les annuités antérieures au 5 octobre 1888 et pour les frais de couches, et débouté le défendeur du surplus de la dite exception. La Cour a déclaré en outre qu'il n'y a pas à statuer sur le premier chef de la demande; elle a adjugé en revanche le second chef pour un montant de 1925 francs, avec les intérêts au 5 % de chaque subside semestriel non prescrit, dès l'échéance de ce subside, et elle a condamné enfin le défendeur à la moitié des frais du demandeur, liquidée à 230 francs.

Ce jugement s'appuie, entre autres, sur les motifs suivants:

La question de la valeur de la cession consentie par dame Hofer au profit de son fils est sans conteste du droit fédéral, tandis que pour celles relatives à la prescription, à l'interruption de celle-ci et à la renonciation à la prescription, c'est bien aussi le CO. qui fait règle, mais comme droit cantonal complémentaire. La prétérition de la première instance était licite, attendu que le recours au Tribunal fédéral est possible même dans les cas qui n'appellent qu'en partie l'application du droit fédéral. Jusqu'au 1er janvier 1883, date de l'entrée en vigueur du CO., le Jura était régis par le droit français, en ce qui concerne la prescription; ce n'est que par la citation introductive d'instance du 5 octobre 1893 que la prescription a été interrompue contre Bonaccio, d'où il résulte que l'exception péremptoire est fondée pour toutes les pres-

tations antérieures au 5 octobre 1888, ainsi que pour les frais de couches réclamés. Il n'est pas établi que le défendeur ait renoncé à la prescription acquise, et s'il a reconnu sa paternité et l'obligation de pourvoir à l'entretien et à l'éducation de Ch.-Alb. Loosli, ces déclarations, faites à des tiers, ne sont pas interruptives de la prescription. En ce qui concerne la légitimation active du demandeur, le défendeur estime que la créance transportée est de sa nature incessible, de sorte que le demandeur ne peut faire valoir de droit comme cessionnaire de dame Loosli, — que la cession du droit de réclamer des aliments doit être considérée comme implicitement prohibée par l'art. 183 CO., lorsqu'elle tend à neutraliser l'effet de la créance. Il est clair qu'en condamnant Bonaccio à payer une somme annuelle pour l'entretien et l'éducation de l'enfant Ch.-Alb. Loosli, le juge a eu surtout en vue l'intérêt de ce dernier, de sorte que la cession consentie n'a pas pour effet d'empêcher le jugement de sortir ses effets. Dans ces circonstances, la cession dont il s'agit est parfaitement admissible. D'ailleurs, fût-elle même sans valeur, que le demandeur n'en serait pas moins légitimé à actionner Bonaccio pour l'exécution du jugement d'Aarberg. L'enfant naturel peut en effet, lorsque personne ne le fait en son nom, faire valoir lui-même les droits d'alimentation auxquels sa naissance a donné lieu. Dès le moment donc où la mère ne faisait pas exécuter le jugement d'Aarberg, le tuteur de l'enfant avait le droit de le faire, même sans être porteur d'une cession consentie en sa faveur par dame Hofer.

La quittance du 21 juillet 1878 est sans aucune valeur, comme reposant sur une cause illicite, contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public. Le défendeur, en effet, pose lui-même en fait qu'il a passé avec dame Hofer une convention destinée à assurer à Schrader l'impunité pour les faits délictueux dont celui-ci s'était rendu coupable. Il n'est pas nécessaire dès lors de rechercher si la crainte, sous l'influence de laquelle la prédite quittance aurait été signée, excluait déjà toute obligation de dame Hofer, ni si, d'une manière générale, celle-ci était qualifiée pour aliéner le droit de réclamer des

aliments découlant du jugement d'Aarberg. Il y a donc lieu de faire droit aux conclusions de la demande, sauf en ce qui concerne le premier chef, lequel ne contient pas de *petitum* proprement dit. Depuis le 5 octobre 1888 jusqu'au jour où l'enfant C.-Alb. Loosli a atteint l'âge de 17 ans, et où par conséquent le jugement d'Aarberg déployait ses effets, c'est-à-dire jusqu'au 5 avril 1894, on compte onze subsides semestriels à 175 francs, qui représentent une somme totale de 1925 francs, pour laquelle le deuxième chef de la demande doit être adjugé. Au surplus, comme le jour du paiement de chaque subside a été déterminé par le jugement du 19 juillet 1877, il y a lieu, en vertu du principe *dies interpellat pro homine* de condamner le défendeur à payer les intérêts de chaque subside semestriel encore dû, à partir du jour de l'échéance de ce subside (CO. art. 117).

C'est contre ce jugement que C. Bonaccio a recouru en temps utile et dans les formes légales au Tribunal fédéral, concluant à ce qu'il lui plaise « réformer le dit jugement de la Cour d'appel de Berne en ce sens :

A. Que l'exception péremptoire soulevée par Bonaccio lui soit adjugée pour une somme de 4025 francs.

B. Que le demandeur Marti, ès qualité qu'il agit, soit débouté du surplus de ses conclusions.

C. Que le dit Marti soit condamné aux frais du défendeur, tant ceux de première instance que d'appel à Berne et de recours au Tribunal fédéral.

Le recourant a joint en outre à son recours un mémoire pour le cas où le Tribunal fédéral estimerait que l'objet actuel du litige ne dépasse pas 2000 francs sans excéder 4000 fr. (art. 67 de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale).

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1. — Pour le cas où le Tribunal fédéral serait compétent, le litige devrait sans aucun doute être soumis à la procédure *orale*, et non écrite. En effet, à teneur des conclusions prises par les parties dans leur demande et dans leur réponse devant la première instance cantonale, — ce qui est décisif aux termes de l'art. 59 de la loi sur l'organisation judiciaire

fédérale, — la valeur du litige était supérieure à 4000 francs.

2. — Le Tribunal fédéral est toutefois incompétent pour statuer sur le recours; en effet, c'est le droit cantonal, et à aucun égard le droit fédéral, qui est applicable en l'espèce. La réclamation d'aliments litigieuse est incontestablement du domaine du droit de famille, et soumise par conséquent à l'empire du droit cantonal (art. 76 CO.). A teneur de l'art. 146 al. 3 du même Code, la prescription d'une semblable action n'est point régie par les dispositions du droit fédéral. L'exception de prescription opposée en première ligne à la demande doit donc être jugée, non point d'après le droit fédéral, mais conformément au droit cantonal. La circonstance qu'à teneur de la loi cantonale bernoise concernant la mise en vigueur du CO., les dispositions de ce Code en matière de prescription peuvent être aussi appliquées à des réclamations ressortissant au droit cantonal, ne change rien à ce qui précède. En effet, pour autant que les dispositions du CO. sont applicables, non point en vertu de la législation fédérale, mais par le fait que le législateur cantonal les a appliquées à des matières dont la réglementation a été laissée à la législation cantonale, les dites dispositions ne sont point en vigueur en tant que droit *fédéral*, mais comme droit cantonal, et par conséquent, conformément à la pratique constante du Tribunal fédéral, un recours à ce tribunal pour prétendue violalation de ces dispositions n'est pas admissible.

3. — De même l'exception de renonciation tirée de la déclaration des époux Hofer-Loosli en date du 26 juillet 1878 doit être jugée, non d'après le droit fédéral, mais en application du droit cantonal. En effet, cette déclaration a été faite longtemps avant l'entrée en vigueur du CO.; sa validité et ses effets ne sont donc en tout cas pas soumis, au point de vue du temps, aux dispositions du Code fédéral, mais à celles du droit cantonal, en vigueur à l'époque où la dite déclaration a été libellée.

4. — En revanche, l'instance cantonale a, à la vérité, admis que la question de validité de la cession consentie le 4 août 1892 par dame Hofer-Loosli en faveur de son fils

Charles-Albert était régie par le droit fédéral. Sur ce point, il y a lieu toutefois de remarquer ce qui suit :

Devant l'instance cantonale, le défendeur a contesté la validité de la cession par le seul motif que la créance cédée était *incessible* et de nature éminemment personnelle. Dans le mémoire produit à l'appui de son recours, le recourant a prétendu en outre que dame Hofer n'était nullement en droit de céder la dite créance, attendu que, lors de son mariage et à teneur du droit bernois, un conseil judiciaire aurait dû être donné à son fils, lequel conseil eût été seul autorisé à administrer, et aussi à céder la créance en question. Or il est tout d'abord évident que cette dernière objection, — laquelle a d'ailleurs été formulée à tard, et se trouve en opposition directe avec les intérêts du défendeur, — ne se fonde pas sur le droit fédéral, mais bien sur le droit cantonal et que son appréciation échappe dès lors à la connaissance du Tribunal fédéral. De même la question de savoir si la créance cédée est transmissible ou non de sa nature, doit être tranchée, non d'après le droit fédéral, mais d'après le droit *cantonal*. En effet, cette question ne peut pas être résolue d'après un autre droit que celui qui est applicable au regard de la *nature de la créance cédée;* c'est ce droit, — c'est-à-dire les règles auxquelles il soumet les rapports entre le débiteur et le cédant, — qui est décisif relativement à la question de savoir si la créance est transmissible, ou si elle est indissolublement liée à la personne du cédant. Or, dans l'espèce actuelle, la nature de la créance cédée est évidemment déterminée par le droit cantonal; même si, dans le cas particulier, le droit fédéral était applicable à la cession en tant que contrat indépendant entre le cédant et le cessionnaire (touchant la responsabilité du cédant, par exemple, etc.) il n'en demeurerait pas moins que c'est le droit cantonal qui est décisif touchant la question de la transmissibilité de la créance (voir aussi l'arrêt du Tribunal fédéral en la cause Fenkart c. Vorarlberger Stickereigesellschaft, du 22 janvier 1897). Il y a lieu d'observer d'ailleurs que la décision de l'instance cantonale sur la légitimation active du demandeur ne s'appuie point

uniquement sur l'admission de la validité de la cession litigieuse, mais que la Cour d'appel fonde également son prononcé sur ce point sur un autre motif, indépendant du précédent et de nature à justifier à lui seul la dite décision, à savoir que l'enfant naturel peut faire valoir lui-même *jure proprio* et sans qu'il soit besoin d'une cession à cet effet, son droit d'alimentation contre ses géniteurs, lorsque personne d'autre ne le fait en son nom. Cette décision, qui s'appuie uniquement sur des dispositions du droit de famille cantonal, et non du droit fédéral, se soustrait au contrôle du Tribunal fédéral. Le Tribunal de céans ne pourrait donc rien changer à la décision intervenue, même au cas où la transmissibilité de la créance serait régie par le droit fédéral, et où le dit Tribunal estimerait que l'instance cantonale a mal jugé sur ce point. Il ne saurait ainsi pas être question un seul instant d'annuler le jugement attaqué, et de renvoyer l'affaire à l'instance précédente pour nouveau jugement par le motif que la dite instance cantonale aurait appliqué à tort le droit fédéral, au lieu du droit cantonal, sur la question de transmissibilité de la créance.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Il n'est pas entré en matière, pour cause d'incompétence, sur le recours du sieur Charles Bonaccio.

---

27. Urteil vom 13. März 1897 in Sachen Steiner gegen Kälin.

Am 7. März 1891 hat der Kläger R. Steiner-Höhn von Johannes Honegger ein Grundstück an der Ecke Lindenstraße-Quaistraße in Riesbach gekauft. In dem Kaufvertrage war bestimmt, daß für die Bebauung des Grundstückes die Vorschriften des Baubureau Riesbach sowie die Statuten der Bellerive-Gesellschaft maßgebend und einzuhalten seien, mit dem Zusatze, daß nur

Villen mit zwei Stockwerken und einem Halbstock mit Zimmern erstellt werden dürften, welcher Vereinbarung dingliche Wirkung zukomme. In den Statuten der Bellerive-Gesellschaft, einer Vereinigung von Grundeigentümern, welche sich dahin geeinigt hatten, bei Verkauf ihrer im sogenannten Bellerive-Quartier gelegenen Liegenschaften gewisse Vorschriften rücksichtlich der Überbauung übereinstimmend aufzustellen, ist u. a. bestimmt (Art. 7), daß geräuschvolle, die Luft verunreinigende oder feuergefährliche Gewerbe im Villenquartier Bellerive nicht betrieben werden dürfen. Steiner-Höhn baute auf dem gekauften Grundstück für sich eine Villa, und verkaufte denjenigen Teil desselben, den er hiezu nicht bedurfte, am 8. April 1895 weiter an den Architekten Chiodera, wobei in den Kaufvertrag hinsichtlich der Bebauung die oben erwähnten Bestimmungen des Kaufvertrages mit Honegger aufgenommen wurden. Nach dem Abschlusse des Kaufvertrages teilte Architekt Chiodera dem Kläger mit, daß er das Terrain teilweise im Auftrage, nämlich wie er später angab, für den gegenwärtigen Beklagten Dr. med. Kälin-Benziger gekauft habe. Nachdem zwischen den Parteien Unterhandlungen stattgefunden hatten, willigte der Kläger darein ein, daß die Fertigung direkt an den Beklagten stattfinde, was am 16. Mai 1896 auf Grund des Kaufvertrages vom 8. April 1895 geschah. Beklagter ließ nun das erworbene Grundstück überbauen und bestimmte das Gebäude zu einem Privatkrankenhaus mit Augenheilanstalt. Laut Weisung vom 16. Juni 1896 stellte infolgedessen der Kläger das Begehren: Es sei Beklagter pflichtig, die auf seiner Liegenschaft im Seefeld haftende Servitut anzuerkennen, wonach die Errichtung einer Krankenheilanstalt gemäß den Bestimmungen des Kaufvertrages d. d. 16. Mai 1895 untersagt ist. Bei der Hauptverhandlung ergänzte der Kläger die Weisung durch den Zusatz, es sei der Beklagte verpflichtet, eine dinglich wirkende Servitut des Inhaltes, daß auf seiner Liegenschaft am Utoquai kein Krankenhaus errichtet werden dürfe, in der Notariatskanzlei Riesbach am Grundprotokoll eintragen zu lassen. Er verkündete gleichzeitig dem Architekten Chiodera den Streit. In der Klagebegründung berief er sich darauf, aus dem Kaufvertrag, den Statuten der Bellerive-Gesellschaft und dem von dieser Gesellschaft für Verkäufe aufge-

stellten Prospekte ergebe sich, daß das Land des Beklagten mit der Servitut belastet sei, nur mit einer Villa überbaut werden zu dürfen, was die Errichtung und den Betrieb einer Krankenheilanstalt ausschließe. Im weiteren behauptete er: Als er gehört habe, daß der Beklagte Käufer sei, habe er sofort die Besorgnis geäußert, dieser möchte eine Krankenheilanstalt errichten wollen. Es seien ihm indeß sowohl durch Chiodera als durch den Beklagten die beruhigendsten Zusicherungen erteilt worden. Anläßlich der notarialischen Fertigung zwischen den Parteien haben der Beklagte und Chiodera ihm gegenüber unter Bezugnahme auf das Baureglement Bellerive erklärt und versprochen, daß kein Krankenhaus auf dem gekauften Terrain errichtet werde; sie beide werden die Villa selber bewohnen. Auf diese Zusicherung hin habe der Kläger zu der direkten Fertigung an den Beklagten eingewilligt. Zum Beweise für diese Behauptung hatte der Kläger u. a. in seiner Eingabe an das Bezirksgericht Zürich vom 24. September 1896 auf die persönliche Befragung des Beklagten abgestellt, indem er ausführte: Er habe die Behauptung, daß der Beklagte ausdrücklich bei der Fertigung den Inhalt der vom Kläger behaupteten Servitut anerkannt habe, unter Zeugenbeweis gestellt. Die Verhandlung könnte nur durch eine entsprechende Erklärung des Beklagten eventuell bedeutend abgekürzt werden. Die persönliche Befragung des Beklagten fand dann auch statt, lieferte aber ein negatives Ergebnis. Die erste Instanz, das Bezirksgericht Zürich, hat die Klage gutgeheißen, und erkannt: 1. Dem Beklagten ist der Betrieb einer Krankenanstalt in seiner Liegenschaft am Seefeldquai untersagt. 2. Der Kläger ist berechtigt, dieses Verbot als Servitut im Grundprotokoll eintragen zu lassen. Sie führte aus: Der Beklagte habe zweifellos die Servitut übernommen, auf seinem Grundstücke nur eine Villa zu bauen. Eine Villa aber dürfe niemals, solle sie ihren Charakter beibehalten, vorzugsweise und speziell zur Ausübung eines Gewerbes, sondern sie müsse speziell dem Wohnzwecke des Eigentümers dienen. Einer Krankenanstalt im Allgemeinen und speziell einer solchen, wie sie in concreto betrieben werden solle, könne somit, auch wenn sie äußerlich villenartig gebaut sei, der Villencharakter nicht zugestanden werden. Im weitern stehe fest, daß man seinerzeit aus

dem Bellerive-Quartier alle diejenigen Gewerbe habe ausschließen wollen, welche im Stande wären, demselben den Charakter eines ruhigen und angenehmen Villenquartiers zu benehmen, und der Beklagte habe sich verpflichtet, den im Baureglement für jenes Villenquartier enthaltenen Bestimmungen nachzuleben. Der Betrieb einer Krankenanstalt aber sei ein Gewerbe, das die Annehmlichkeiten eines ruhigen Villenquartiers ernstlich zu gefährden im Stande sei. Die zweite Instanz, Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich, dagegen wies durch ihr angefochtenes Urteil vom 23. Dezember 1896 die Klage ab. Sie führte aus: Die Bestimmung, daß auf einem Grundstücke nur Villen errichtet werden dürfen, qualifiziere sich einfach als eine Baubeschränkung, durch welche die Konstruktion der auf der Liegenschaft zu erstellenden Gebäude umschrieben werde, nicht aber als eine die Benutzung dieser Gebäude betreffende Vorschrift. Zu den geräuschvollen, die Luft verunreinigenden oder feuergefährlichen Gewerben sodann, welche Art. 7 des Baureglementes für das Bellerive-Quartier untersage, gehöre der Betrieb der beklagtischen Krankenanstalt nicht und eine analoge Anwendung des aufgestellten Verbotes auf Gewerbe, die nicht unter dasselbe fallen, sei schon nach allgemeinen Grundsätzen ausgeschlossen und würde überdies gegen § 251 des privatrechtlichen Gesetzbuches verstoßen. Ein Beweis dafür endlich, daß der Beklagte anläßlich der Fertigung versprochen habe, in der Villa keine Krankenanstalt zu betreiben, sei nicht erbracht. Die klägerischerseits hiefür angerufenen Zeugen, Notar Morf und Notariatskanzlist Rüegg haben keineswegs ganz sichere bestimmte Angaben machen können. Allein auch wenn man annehmen wollte, Chiodera oder der Beklagte haben in der Notariatskanzlei am Abend vor der Fertigung erklärt, es bestehe bei ihnen nicht die Absicht, auf dem gekauften Terrain eine Krankenanstalt zu betreiben, so könnte darin selbstverständlich noch nicht ohne weiteres die Konstituierung einer bezüglichen rechtlichen Verpflichtung gefunden werden. Denn solche Erklärungen werden im täglichen Leben gewiß häufig abgegeben, ohne daß der Betreffende irgendwie daran denke, sich für die Zukunft binden zu wollen. Werde nun berücksichtigt, einmal daß der Kläger für die angebliche Verpflichtung des Beklagten kein

Äquivalent geboten habe, ferner, daß es sich um ein Versprechen von erheblicher Tragweite gehandelt hätte, das gewöhnlich nicht formlos abgegeben und entgegengenommen werde, und schließlich, daß die Parteien ja so wie so einen solennen Rechtsakt (die Eigentumsübertragung) vorgenommen haben, daß also alle Veranlassung vorhanden gewesen wäre, auch das Versprechen hinsichtlich der Benutzung des Landes bezw. des auf demselben zu erstellenden Gebäudes in die übliche Form zu kleiden, so könne der Richter unmöglich dazu gelangen, aus dem, was die Zeugen bekundet haben, die Übernahme einer förmlichen Verpflichtung zu konstruieren.

Gegen dieses Urteil ergriff der Kläger rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht, indem er den Antrag stellte, es sei der Beklagte verpflichtet zu erklären, eine dinglich wirkende Servitut des Inhalts, daß auf seiner Liegenschaft am Utoquai kein Krankenhaus errichtet werden dürfe, in der Notariatskanzlei Riesbach am Grundprotokoll eintragen zu lassen, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Hinsichtlich des Streitwertes verweist der Kläger auf die bei den Akten liegenden Gutachten des Stadtbaumeisters Geiser und des Architekten Schmid-Kerez in Zürich, wonach der Schaden für den Berufungskläger 20,000 Fr. übersteige.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der gesetzliche Streitwert ist, nach den vom Kläger produzierten Sachverständigengutachten, als gegeben zu erachten. Das Bundesgericht ist somit kompetent, sofern die Streitsache nach eidgenössischem Rechte zu beurteilen ist.

2. Aus dem vom Kläger gestellten Rechtsbegehren in Verbindung mit der Klagebegründung ergibt sich nun, daß der Kläger behauptet, es sei das von ihm dem Beklagten verkaufte Grundstück zufolge der Bestimmungen des Kaufvertrages mit einer Grunddienstbarkeit belastet, zufolge welcher auf demselben eine Krankenanstalt nicht betrieben werden dürfe, oder es sei doch der Beklagte verpflichtet, dasselbe mit einer solchen Dienstbarkeit, also einer dinglichen Last, zu belegen. Die Klage ist also auf Anerkennung des Bestandes eines dinglichen Rechtes an einer unbeweglichen Sache, oder doch auf Einräumung eines solchen Rechts

gerichtet, und macht nicht etwa nur geltend, der Beklagte habe die persönliche, nicht dinglich wirkende Verpflichtung übernommen, seinerseits auf dem Grundstück eine Krankenanstalt nicht zu betreiben. In erster Linie macht der Kläger, wie die Klagebegründung ergibt, den ersterwähnten Gesichtspunkt geltend; er behauptet, aus den Bestimmungen des Kaufvertrages, daß das Grundstück nur mit Villen überbaut und darauf lärmende Gewerbe u. dgl. nicht betrieben werden dürfen, ergebe sich folgeweise der Bestand der behaupteten Dienstbarkeit. Wenn er daneben noch auf die mündlichen Beredungen zwischen den Parteien abstellt, welche vor der Fertigung stattgefunden haben, so ist nicht recht klar, ob er diese Beredungen nur zum Beweise dafür anruft, daß die Dienstbarkeitsbestimmungen des Kaufsvertrages die von ihm behauptete Bedeutung und Tragweite haben, also nur zur Interpretation des Kaufvertrages, oder ob er denselben die Bedeutung eines, bloß in Verbindung mit dem Liegenschaftskaufe abgeschlossenen, selbständigen Nebenvertrages über Begründung einer Dienstbarkeit (eines pactum de constituenda servitute) beimißt. Nach den Äußerungen des Klägers in seiner Eingabe an das Bezirksgericht vom 24. September 1896 sollte man das erstere annehmen. Indessen mag bei der Prüfung der Kompetenz des Bundesgerichtes davon ausgegangen werden, der Kläger habe, wenigstens eventuell, auch den letztern Gesichtspunkt geltend machen, also behaupten wollen, der Beklagte habe sich durch Nebenvertrag zur Begründung einer Dienstbarkeit des angegebenen Inhaltes verpflichtet.

3. Soweit nun die Klage den Bestand einer Grunddienstbarkeit geltend macht, ist das Bundesgericht zu deren Beurteilung ganz offenbar nicht kompetent. Denn einerseits stützt sie sich in dieser Richtung auf die Bestimmungen eines Liegenschaftskaufes welcher gemäß Art. 231 O.-R. dem kantonalen Rechte untersteht, anderseits geht sie auf Anerkennung des Bestandes eines dinglichen Rechtes an einer unbeweglichen Sache, betrifft also einen Gegenstand, welcher völlig außerhalb des sachlichen Herrschaftsbereichs des Obligationenrechtes liegt, und ausschließlich durch das kantonale Recht geregelt wird.

4. Allein auch insoweit, als mit der Klage ein Anspruch auf

Begründung einer Dienstbarkeit geltend gemacht werden sollte, ist nicht eidgenössisches, sondern kantonales Recht maßgebend und daher das Bundesgericht nicht kompetent. Denn wie unzweifelhaft der dingliche, so muß auch der obligatorische, auf Errichtung einer Grunddienstbarkeit gerichtete Vertrag vom kantonalen Rechte beherrscht werden, mit andern Worten, es müssen Verträge über Errichtung von Grunddienstbarkeiten, mögen sie nun unmittelbar dingliche Wirkung ausüben, also das dingliche Recht selbst unmittelbar begründen, oder nur einen persönlichen Anspruch auf dessen Einräumung hervorbringen, in gleicher Weise dem kantonalen Rechte, welchem die Ordnung des Immobiliarsachenrechtes zusteht, unterstellt bleiben. Dies ergibt sich aus dem nahen zwischen der dinglichen und der obligatorischen Seite solcher Verträge bestehenden innern Zusammenhange, welcher es ausschließt, daß beide nach verschiedenen Rechten beurteilt werden, daß das obligatorische Geschäft rücksichlich seiner Gültigkeit und seiner Wirkungen nach einem andern Rechte sich richte, als demjenigen, welches für das dingliche Recht, auf dessen Begründung es abzweckt, maßgebend ist. So ist z. B. klar, daß die Frage, was überhaupt den Inhalt einer Grunddienstbarkeit bilden kann, auch für das obligatorische auf Begründung einer Grunddienstbarkeit gerichtete Geschäft nur nach den Regeln des Immobiliarsachenrechtes beurteilt werden kann, daß nur nach letzterem Rechte entschieden werden kann, ob einem auf Errichtung einer Grunddienstbarkeit gerichteten Vertrag überhaupt bloß persönliche, oder aber dingliche Wirkung zukomme u. s. w. Richtig ist allerdings, daß Art. 10 O.-R. nur hinsichtlich der Form der Verträge, welche dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen betreffen, das kantonale Recht ausdrücklich vorbehält. Allein daraus darf nicht argumento e contrario gefolgert werden, daß nun rücksichtlich der materiellen Erfordernisse und Wirkungen solcher Verträge das Gegenteil gelte; es ist dies für diese Verträge ebensowenig statthaft, wie für die Schenkung, hinsichtlich welcher Art. 10 cit. den gleichen Vorbehalt macht, während doch einem Zweifel nicht unterliegen kann, daß deren Regelung überhaupt dem kantonalen Rechte vorbehalten ist. Aus Art. 10 ist mehr nicht zu folgern, als daß für die Form der dort genannten Verträge nicht eidge-

nössisches, sondern kantonales Recht gelte; ob im übrigen für dieselben kantonales oder eidgenössisches Recht maßgebend sei, ist nach dem gesammten Inhalte der eidgenössischen Gesetzgebung und dem inneren Verhältnisse der unzweifelhaft kantonalrechtlicher Regelung überlassenen Rechtsgebiete zu den durch das Obligationenrecht geregelten zu beurteilen. Danach muß aber in gleicher Weise, wie das Bundesgericht dies bereits für das Grundpfandversprechen, den obligatorischen Grundpfandvertrag ausgesprochen hat (vgl. Entsch. Amtl. Samml., Bd. XVI, S. 399, Erw. 3), auch für Grunddienstbarkeitsverträge, bezw. Vorverträge zu solchen, festgehalten werden, daß das Obligationenrecht deren Regelung ihres unlösbaren Zusammenhanges mit dem nach Art. 65 B.-V. durchaus der kantonalen Gesetzgebungskompetenz unterstellten Immobiliarsachenrechte wegen, stillschweigend der kantonalen Gesetzgebung vorbehalten hat.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird wegen Inkompetenz des Gerichtes nicht eingetreten und es hat demnach in allen Teilen bei dem angefochtenen Urteile der Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich sein Bewenden.

---

28. Urteil vom 18. März 1897 in Sachen Petri gegen Petri.

Die Litiganten sind am 25. März 1880 in Bern die Ehe mit einander eingegangen. Sie scheinen sich auch mehrere Jahre im Kanton Bern aufgehalten zu haben, sind aber gegenwärtig beide in St. Petersburg domiziliert. Auf Begehren des den Ehemann vertretenden Prof. Reichel in Bern, lud im Laufe des Jahres 1896 der Vice-Gerichtspräsident von Bern als Friedensrichter die Ehefrau Petri auf den 14. Januar 1897 vor seine Audienz zum Aussöhnungsversuche über die Rechtsbegehren: „1. Die zwischen „den Parteien vor dem Civilstandsbeamten der Stadt Bern am „25. März 1880 abgeschlossene Ehe sei gerichtlich zu trennen. „2. Die Beklagte sei als der schuldige Teil zu erklären und

„demgemäß zu einer angemessenen Entschädigung an den Kläger „zu verurteilen. 3. Die aus der Ehe hervorgegangenen zwei „Kinder, Bernhard und Georg seien dem Ehemanne zur Erziehung „und Verpflegung zuzusprechen, alles unter Kostenfolge." Der Vice-Gerichtspräsident von Bern, in seiner angegebenen Eigenschaft, erklärte sich jedoch im anberaumten Termine als nicht zuständig. Die Frage der Kompetenz sei, führte er in den Erwägungen aus, in Ehescheidungssachen von Amtes wegen zu prüfen, und zwar auch schon vor dem Friedensrichter, und es sei dieselbe nach den einschlägigen Normen des internationalen Privatrechtes zu verneinen. Gegen diesen Entscheid führte der Anwalt des Klägers Beschwerde beim bernischen Appellations- und Kassationshofe, der dieselbe jedoch unterm 20. Februar abwies. Gleichzeitig hatte Prof. Reichel gegen jenen Entscheid Berufung an das Bundesgericht erklärt, und nach Erledigung der Beschwerde durch den bernischen Appellations- und Kassationshof wurden die Akten dem Bundesgericht eingesandt.

Das Bundesgericht hat,

in Erwägung:

Nach Art. 58, al. 1, O.-G., ist die Berufung statthaft gegen die in der letzten kantonalen Instanz erlassenen Haupturteile. Darunter sind nur diejenigen urteilsmäßigen Ansprüche der letzten kantonalen Instanz zu verstehen, durch die die Streitsache ihre materielle Entscheidung gefunden hat, durch die also über den Klagsanspruch als solchen abgesprochen worden ist. Nicht jedoch fallen darunter Entscheide über prozessualische Vorfragen, insbesondere nicht solche über die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts, mag dadurch immerhin der Prozeß, wenigstens für die betreffende Instanz, thatsächlich erledigt sein. Danach ist aber die Berufung vorliegend nicht zulässig (vgl. das bundesgerichtliche Urteil in Sachen Kurr, A. S., Bd. VI, S. 543);

erkannt:

Auf die Berufung wird nicht eingetreten.

Siehe auch Nr. 22, Urteil vom 25. März 1897 in Sachen Diehl gegen Kanton Luzern.

IV. Haftpflicht der Eisenbahnen u. s. w. bei Tödtungen und Verletzungen.

Responsabilité des entreprises de chemins de fer, etc. en cas d'accident entraînant mort d'homme ou lésions corporelles.

29. Urteil vom 28. Januar 1897 in Sachen de Cillia gegen Centralbahn.

A. Durch Urteil vom 23. November 1896 hat das Appellationsgericht des Kantons Baselstadt in Sachen der rubrizierten Parteien das erstinstanzliche Urteil des Civilgerichts von Baselstadt vom 27. Oktober 1896 bestätigt und die ordentlichen Kosten der zweiten Instanz, mit einer Urteilsgebühr von 50 Fr., beiden Parteien zu gleichen Teilen auferlegt. Das bestätigte Urteil lautete: „1. Die „Beklagte wird bei ihrer eventuellen Anerkennung von 11 Fr. zu „Gunsten der Klägerin Witwe Maria de Cillia behaftet. 2. Die „Beklagte wird verurteilt, der Witwe Maria de Cillia eine lebens„längliche Jahresrente von 80 Fr., und jedem der Kinder Franz „(geb. den 23. Mai 1879), Mathilde (geb. den 25. Juli 1882), „Amalie (geb. den 26. Januar 1885), Melanie (geb. den 4. Mai „1887), Max (geb. den 4. August 1889), und Angélique de „Cillia (geb. den 2. Juni 1896), eine Jahresrente von 20 Fr. „bis zum zurückgelegten 18. Altersjahre jedes Kindes, jeweilen „auf den 12. Dezember, erstmals 1896, auszuweisen. 3. Sobald „das jüngste Kind sein 18. Lebensjahr noch bei Lebzeiten der „Mutter vollendet haben wird, geht dessen Rente auf die Witwe „über, so daß deren Rente von da an 100 Fr. beträgt. 4. Stirbt „die Witwe Maria de Cillia vor dem 12. Dezember 1905, so ist „den zur Zeit des Todes der Mutter noch rentenberechtigten Kin„dern die Jahresrente auf je 40 Fr. zu erhöhen, jedoch mit der „Maßgabe, daß der Gesamtbetrag der an die Kinder für ein

„Jahr auszuweisenden Renten 200 Fr. nicht übersteigen soll. „5. Die ordinären Prozeßkosten sind geteilt." Dem Urteil liegt folgender Thatbestand zu Grunde: Der deutsche Grenzaufseher de Cillia wurde am 12. Dezember 1895 das Opfer eines Unfalls, der sich nach übereinstimmender Annahme der Parteien äußerlich folgendermaßen zugetragen hat: de Cillia, der in der Nähe des Personenbahnhofes der Centralbahn wohnte, hatte am Morgen des Unglückstages den Güterzug verfehlt, der etwa um 5 Uhr vom Personenbahnhof abgeht und den derselbe gewöhnlich benutzte, um nach dem Güterbahnhof zu gelangen, wo er seinen Dienst zu besorgen hatte. Sei es nun, daß er diesem Zuge nacheilen wollte, sei es, daß er zu Fuß nach seinem Dienstorte zu gelangen beabsichtigte, so betrat er die Geleiseanlage und schlug die Richtung nach dem Güterbahnhofe ein. Er ging zunächst dem schräg in die übrigen Geleise einmündenden sogenannten Hallengeleise entlang, vielleicht in demselben, wahrscheinlicher jedoch auf einem schmalen, daneben hinführenden Wege, wurde aber zwischen der Weiche Nr. 46 und dem Wärterhäuschen Nr. 9 durch einen Rangierzug überfahren und getötet. Um dieselbe Zeit nämlich wurde von Rangiermeister Hegnauer und seinen Gehilfen ein Personenwagen, der sich in geringer Entfernung von der Weiche Nr. 46 in der Richtung des Personenbahnhofes hin auf dem Hallengeleise befand, um dieses frei zu machen mittelst einer Rangierlokomotive, die in der gleichen Richtung, in der sich de Cillia bewegte, herangefahren kam, über die Weichen 46, 47 und 48 auf ein näher beim Rangierbahnhof befindliches Reservegeleise gestoßen. Von diesem Wagen muß de Cillia, bald nachdem er in Bewegung gesetzt worden war und unmittelbar nachdem er die Weiche Nr. 46 passiert hatte, gefaßt und überfahren worden sein, wie Spuren von Haaren und von frischem Blute, die gleich nach dem Unglück an dem vordern rechten Rade entdeckt wurden, anzeigten. Die das Manöver ausführenden Arbeiter wollen von dem Vorfall nichts bemerkt haben. Dagegen fand Bahnwärter Nußbaumer bald nachher die verstümmelte Leiche vom Personenbahnhof aus gesehen rechts des Geleises, auf dem Rücken liegend, den linken Arm auf dem einen Schienenstrang vom übrigen Körper fast abgeschnitten. Der Mantel des de Cillia's lag in der Nähe zwischen den Schienen.

Gestützt hierauf erhoben die Witwe und die Kinder des Getöteten an die schweiz. Centralbahn einen Haftpflichtanspruch. In der Klage wurde in erster Linie behauptet, daß der Unfall auf ein Verschulden der Beklagten zurückzuführen, und zwar wurde diesbezüglich, abgesehen von einem später fallen gelassenen Punkte, geltend gemacht, daß das fragliche Manöver ohne alle und jede Vorsichtsmaßregel ausgeführt worden sei, daß sich namentlich, entgegen den Vorschriften des Rangierreglements für die schweiz. Normalbahnen, kein Licht auf dem Wagen befunden habe, daß die (nach der Fahrrichtung) vordere Plattform des Wagens nicht besetzt gewesen und daß auch Niemand dem Zuge vorangegangen sei. Das Quantitativ der Entschädigung betreffend, wurde angebracht, daß de Cillia, ein solider Mann und guter Familienvater, von seinem 1700 Mark betragenden Einkommen mindestens 1200 Fr. für seine Familie habe verwenden können. Rechne man die Hälfte auf die Witwe, so sei dieser ein Kapitalschaden von 7500 Fr. erwachsen. Der gleiche Betrag sei den Kindern als Ersatz der Erziehungskosten bis zum 16. Altersjahr zuzusprechen. Überdies machte die Witwe eine Forderung von 11 Fr. für Transport der Leiche geltend. Letzterer Posten wurde von der Beklagten eventuell anerkannt. Dagegen bestritt sie grundsätzlich den Klagsanspruch, weil ein Verschulden ihrerseits nicht vorliege, indem die Vorschriften des Rangierreglementes durch die das Manöver besorgenden Angestellten durchwegs beobachtet worden seien, und weil der Unfall vielmehr lediglich durch die Schuld des de Cillia selbst verursacht worden sei. Es sei nämlich den deutschen Zollbeamten von ihrer Oberbehörde verboten gewesen, zwischen dem Personen- und dem Güterbahnhof die Geleise-Anlagen zu betreten. Abgesehen davon, sei die Handlungsweise des de Cillia eine höchst unvorsichtige gewesen, da er statt des kurzen und völlig sichern Weges über bestimmte öffentliche Straßen den gefährlichen Weg längs des Hallengeleises eingeschlagen habe, und da er überdies habe hören und sehen müssen, daß hier manövriert werde. Die Höhe der Entschädigung betreffend wurde bestritten, daß de Cillia mehr als 1000 Fr. auf seine Familie habe verwenden können und ferner geltend gemacht, daß die Kläger von der deutschen Zollverwaltung eine Pension bezögen, die bei der Festsetzung der ökonomischen

Folgen des Unfalls zu berücksichtigen sei. In der Replik wurde bestritten, daß den Getöteten eine Schuld an dem Unfalle treffe, und weiter selbständig vorgebracht, ein Verschulden der Beklagten liege auch darin, daß der Weg nicht bewacht, und daß die Cirkulation auf demselben geduldet worden sei. Auch widersetzten sich die Kläger der Anrechnung der Rente, die ihnen von der deutschen Zollverwaltung ausgerichtet wird. Das Civilgericht von Baselstadt führte aus, daß das Betreten des schmalen, gefährlichen Weges längs des Hallengeleises unter den obwaltenden Umständen dem de Cillia zum Verschulden zuzurechnen sei. Anderseits nahm dasselbe aber auch ein Mitverschulden der Beklagten an. Zwar eine fahrlässige Nichtbeobachtung der Rangiervorschriften sei nicht dargethan. Dagegen habe die Beklagte dadurch, daß sie das Betreten der Geleiseanlagen durch die deutschen Zollbeamten, entgegen dem allgemeinen Verbote, geduldet habe, eine schuldhafte Nachlässigkeit begangen. Demnach sei der Haftpflichtanspruch zur Hälfte gutzuheißen. Was die Bemessung der Entschädigung betrifft, so sei nach dem maßgebenden heimatlichen (bayrischen) Recht de Cillia seiner Ehefrau und seinen Kindern gegenüber zum Unterhalt verpflichtet gewesen, letztern gegenüber immerhin nur so lange, als dieselben nicht selbst für ihren Unterhalt sorgen könnten. Den Verhältnissen entspreche es, diese Altersgrenze vorliegend auf das vollendete 18. Altersjahr anzusetzen. Ferner sei anzunehmen, daß de Cillia für den Unterhalt seiner Familie jährlich mindestens 1200 Fr. habe aufwenden müssen. Dieser Betrag sei aber seiner Familie durch den Tod nicht gänzlich entzogen worden; denn an Stelle desselben seien die von der deutschen Zollverwaltung geleisteten Pensionen getreten, die in ihrer Totalität zur Zeit rund 800 Fr. betrügen. Die Minderung der Zuwendung betrage somit bloß 400 Fr. jährlich, so daß die Beklagte für 200 Fr. aufzukommen habe, welcher Betrag in Form einer Rente und in der im Urteilsdispositiv angegebenen Verteilung den Klägern zuzuerkennen sei, wozu die eventuell anerkannten 11 Fr. zu Gunsten der Klägerin Witwe de Cillia kommen. Vor Appellationsgericht, das von beiden Parteien angerufen wurde, nahmen dieselben sämtliche in den Rechtsschriften bezeichneten Positionen wieder auf. Der Vertreter der Beklagten gab dabei zu, daß auf Ansuchen der deutschen Zollverwaltung am 17. Mai 1889

ihren Beamten das Betreten des Bahnhofgebietes gestattet worden sei, sofern dies für ihre Dienstfunktionen nötig sei, worüber aber die Beklagte eine Kontrolle zu üben nicht in der Lage gewesen sei.

B. Gegen das appellationsgerichtliche Urteil haben beide Parteien die Berufung an das Bundesgericht erklärt. Die Kläger nahmen ihre Klagsbegehren wieder auf; die Beklagte ihrerseits schloß auf Abweisung der Klage.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Es ist nicht bestritten, daß de Cillia beim Betriebe der Centralbahn getötet worden ist. Dagegen erhebt die Beklagte der Klage gegenüber die Einrede des Selbstverschuldens des Getöteten. In der Antwort wurde diesbezüglich in erster Linie geltend gemacht, daß derselbe, entgegen einem Verbote seiner Oberbehörde die Bahnanlage zwischen Personen- und Güterbahnhof betreten habe. Ein solches Verbot ist jedoch nicht nachgewiesen worden und es hat die Beklagte überhaupt diesen Standpunkt fallen gelassen. Daß sodann von Seite der Bahngesellschaft es dem de Cillia verboten gewesen sei, an fraglicher Stelle die Geleiseanlage zu überschreiten, ist nicht behauptet worden. Im Gegenteil hat der Vertreter der Beklagten vor der Appellationsinstanz ausdrücklich erklärt, daß man den deutschen Zollbeamten auf Ansuchen der deutschen Zollverwaltung den Zutritt zum Bahngebiete gestattet habe, sofern dies für Dienstfunktionen nötig sei. Es ist nun begreiflich, daß über letztere Beschränkung eine Kontrolle durch die Bahn nicht geübt werden konnte, so daß dieselbe thatsächlich bedeutungslos war, und es haben denn auch die Vorinstanzen festgestellt, daß die deutschen Zollbeamten bei Tag und Nacht, in Uniform und Civil, auf und neben den Geleiseanlagen, zwischen dem Personen- und dem Güterbahnhof ungehindert cirkulierten. Diese Verhältnisse schließen es aus, daß dem de Cillia schon daraus, daß er überhaupt die Bahnanlage betreten hat, ein Vorwurf gemacht werden könnte. Wer nur unternimmt, was täglich von Kameraden, unter den Augen der Aufsichtsorgane unternommen wird, handelt nicht schuldhaft. Immerhin können die besondern Verumständungen derart sein, daß das Betreten der Bahnanlage durch jemand, dem dies an sich nicht verboten ist, doch als eine schuldhafte Handlung sich darstellt. Dies trifft vorliegend zu. Die

Vorinstanzen stellen fest, daß der Weg, den de Cillia einschlug, sehr schmal und daß dessen Betreten, besonders zur Nachtzeit, ein gefährliches Unterfangen ist. Sie erklären ferner, daß dem Verunglückten, von seiner Wohnung weg, ein nicht viel weiterer, bequemer und gefahrloser Weg offen gestanden wäre. Dann hat sich aber de Cillia völlig unnötigerweise der Gefahr ausgesetzt, die das Betreten von Geleiseanlagen in einem großen Bahnhof, zu einer Zeit, wo daselbst manövriert wird, stets in sich schließt, und auf diese Sorglosigkeit ist es zurückzuführen, wenn derselbe dann verunglückt ist. Allerdings ist es möglich, daß sich de Cillia bereits auf dem Bahnhofareal befand, als er bemerkte, daß der Zug, den er gewöhnlich zur Fahrt nach dem Güterbahnhof benutzte, bereits abgefahren sei. Allein auch dann erscheint es, wie die Vorinstanzen zutreffend ausführen, als ein nicht entschuldbares Wagnis, daß er den schmalen, gefährlichen Weg längs des Hallengeleises einschlug, oder vielleicht gar dort, wo er überfahren wurde, das Geleise überschreiten wollte. Denn eine irgendwie erhebliche Zeitersparnis konnte nach den Lokalverhältnissen damit nicht erzielt werden, es wäre denn, daß de Cillia beabsichtigt hätte, den bereits in Bewegung befindlichen Güterzug einzuholen. Dies müßte aber an sich wieder als ein schuldhaftes Verhalten betrachtet werden, da zu einem solchen Unternehmen doch eine Vertrautheit mit den Ortsverhältnissen und eine Sicherheit in der Erkennung der Gefahren gehört, die dem de Cillia, der nicht etwa infolge seiner dienstlichen Stellung beständig auf der Geleiseanlage sich zu bewegen hatte, gewiß abging. Wenn es dem Verunglückten aber auch nachgesehen werden wollte, daß er sich über alle diese Bedenken hinwegsetzte, und den Weg nach seinem Dienstorte über die Geleiseanlagen nahm, so mußte ihm denn dabei doch ein größeres Maß von Achtsamkeit zugemutet werden. Es ist nicht denkbar, daß de Cillia nichts davon bemerkt hätte, daß auf dem Geleise, neben dem er herging, ein Manöver ausgeführt werden sollte. Er mußte die Rangierlokomotive entweder dastehen sehen oder heranfahren hören und hätte daher besser auf seine Sicherheit bedacht sein sollen. Er kann deshalb unter keinen Umständen aller Schuld an dem Unfall ledig erklärt werden.

2. Die Kläger behaupten nun aber, daß auch die Beklagte ein

Verschulden an dem Tode des de Cillia treffe; und die Vorinstanzen erblicken ein derartiges Mitverschulden darin, daß das aus guten Gründen erlassene Verbot des Betretens der Bahnanlagen nicht gehandhabt worden sei. Hiegegen ist jedoch zu bemerken: In der Regel wird der Erlaß eines bahnpolizeilichen Verbots durch die Bahnverwaltung auch die Pflicht der letztern begründen, für dessen Handhabung zu sorgen. Aber doch nur innerhalb der Grenzen des Verbotes. Vorliegend waren nun aber, sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend, die deutschen Zollbeamten von dem betreffenden Verbote ausgenommen worden. Und diese generelle Duldung beruhte nicht etwa auf der Nachlässigkeit der Bahnbediensteten, sondern es war die Vergünstigung offenbar gewährt worden, um den Zollbeamten ihren Dienst zu erleichtern oder bequemer zu gestalten. In ihrem Interesse wurde die Ausnahme zugelassen, und es war diese in gewissem Umfange wenigstens durch die Erfordernisse des Dienstes der Zollbeamten gerechtfertigt. Die Bahn durfte aber, ohne sich den Vorwurf der Nachlässigkeit auszusetzen, noch weiter gehen und das Betreten der Geleiseanlage diesen Beamten überhaupt nachsehen, und zwar nicht nur deshalb, weil ihr eine Kontrolle darüber, wann ein Zollbeamter in dienstlicher Funktion die Bahnanlage betrete und wann nicht, gewiß nicht zugemutet werden konnte, sondern auch deshalb, weil dieselben infolge ihres Dienstes mit den Orts- und Betriebsverhältnissen doch einigermaßen bekannt werden, und weil sie deshalb die Gefahren, mit denen das Betreten der Geleise verbunden ist, zu kennen und auf sich zu nehnen in der Lage sind. Die Vergünstigung, die den Zollbeamten gewährt wurde, und auf die gestützt auch de Cillia die Bahnanlage zu betreten befugt war, kann also der Beklagten nicht zur Schuld angerechnet werden.

3. Dagegen muß angenommen werden, daß der Unfall wahrscheinlicherweise verhütet worden wäre, wenn das Manöver, bei dem sich derselbe ereignete, unter Beobachtung der reglementarischen Vorsichtsmaßregeln von statten gegangen wäre. In thatsächlicher Beziehung haben in diesem Punkte die Vorinstanzen auf die Aussagen der von der Beklagten angerufenen Zeugen Frey, Hegnauer und Nußbaumer abgestellt. Auch heute wieder ist die Glaubwürdigkeit dieser Zeugen bemängelt worden. Allein hierauf kann das

Bundesgericht nicht eintreten, da die Würdigung der Beweistüchtigkeit der angerufenen Zeugen vollständig Sache des kantonalen Richters ist. Danach nun wurde das Manöver durch Hegnauer und Frey besorgt, während Nußbaumer die Weiche Nr. 48 richtig stellte. Frey hatte sich mit einer Laterne auf die hintere Plattform des Personenwagens begeben und hielt nach rechts vorne Ausschau. Hegnauer dagegen, welcher nach der zwar nicht völlig unanfechtbaren Feststellung der Vorinstanz ebenfalls eine Laterne trug, war auf der linken Seite des Wagens vorgegangen, um nachzusehen, ob das Geleise frei sei; dabei sei er bis 15 M. über den Wagen hinaus bis zur Hütte Nr. 9 gekommen, wo er das Signal zum Abstoßen gegeben habe. Die Vorinstanzen folgern hieraus, daß zur Sicherung des Wagens zwar Frey nichts habe beitragen können, daß dieselbe aber durch Hegnauer besorgt worden sei. Diese Schlußfolgerungen sind nicht rein thatsächlicher Natur, sondern enthalten eine rechtliche Würdigung des Verhaltens der beiden Arbeiter, ein Urteil darüber, ob die Sicherung pflichtgemäß vorgenommen worden sei oder nicht, und es ist deshalb das Bundesgericht daran nicht gebunden. Sondern es hat dasselbe frei zu prüfen, ob bei der Art, wie das Manöver durchgeführt wurde, die durch ausdrückliche Vorschrift oder durch die Umstände gebotenen Vorsichtsmaßregeln beobachtet worden seien. Nun lautet Art. 31 der Vorschriften über den Rangierdienst auf den schweizerischen Normalbahnen vom 1. Januar 1891: „Wird ein Rangierzug von „der Lokomotive geschoben oder gestoßen, so muß der in der „Richtung der Zugsbewegung vorderste Wagen durch einen Mann „besetzt sein, welcher die nötigen Signale zu geben hat. Bei Nacht „muß dieser Mann mit einer brennenden Laterne versehen sein. „Wo bei den Rangierbewegungen in den Bahnhöfen der in der „Fahrrichtung vorderste Wagen eines rückwärts geschobenen oder „gestoßenen Rangierzuges aus irgend einem Grunde nicht mit „einem Wärter besetzt werden kann, welcher freie Aussicht auf die „zu befahrenden Geleise hat, hat ein mit den nötigen Signal„mitteln versehener Mann neben dem zu befahrenden Geleise dem „Zug vorauszugehen und soll dieser nicht schneller bewegt werden, „als dem Gang eines Mannes im Schritt entsprechend. Die „Stellung derjenigen Wagen, gegen welche angefahren oder abge-

„stoßen wird, muß bei Nacht durch eine brennende Signallaterne ge-
„kennzeichnet sein.“ Danach hätte aber die Sicherung des Wagens vorliegend entweder dadurch besorgt werden sollen, daß ein Mann mit einer Laterne auf die in der Fahrrichtung vordere Plattform gestellt worden wäre, oder dann in der zuletzt beschriebenen Weise. Die erstere Maßnahme war nun zweifellos nicht getroffen worden: Frey befand sich auf der hintern Plattform, und hier war ihm die Aussicht auf das Geleise gänzlich benommen; und neben dem Geleise hin konnte er nur auf eine kurze Strecke und nur nach einer Seite hin Ausschau halten; ja es war allem Anscheine nach auf die vordere Plattform des Wagens nicht einmal eine Laterne gestellt worden. Aber auch die andere Art der Sicherung kann nicht in reglementsmäßiger Weise durchgeführt worden sein. Es geht aus dem Zweck der Bestimmung und ihrem Zusammenhang hervor, daß der Mann, der neben dem Geleise dem Zuge voranzugehen hat, sich während der ganzen Bewegung nahe vor dem Zuge befinden soll, während vorliegend Hegnauer zuerst eine längere Strecke zurücklegte, bevor er das Signal zur Bewegung des Zuges gab, der nun auch schneller, als vorgeschrieben, herangefahren zu sein scheint. Wäre reglementsgemäß verfahren worden, so hätte Hegnauer den de Cillia erblicken müssen und warnen können, wie auch die andere Art der Sicherung durch einen auf der vordern Plattform befindlichen Mann in gleicher Weise die Gefahr, die den Verunglückten drohte, zu beseitigen oder doch zu vermindern geeignet gewesen wäre, nicht nur deshalb, weil durch Zuruf derselbe hätte aufmerksam gemacht werden können, sondern auch deshalb, weil das Licht von de Cillia wohl bemerkt worden wäre, nicht zwar so, daß er dasselbe direkt hätte erblicken können, wohl aber deshalb, weil Strahlen davon auf eine gewisse Strecke hin auf das Geleise geworfen worden wären. Muß aber sonach die Sicherung des Geleises in der Fahrrichtung durch die Bahnbediensteten nicht in reglementsmäßiger Weise besorgt worden sein, so liegt hierin ein Verschulden, das mit dem Unfall auch in dem erforderlichen ursächlichen Zusammenhang steht. Denn hiezu genügt es, wenn die Wahrscheinlichkeit dargethan ist, daß das Unglück durch Beobachtung der gebotenen Sicherheitsmaßnahmen verhindert worden wäre, und es braucht nicht nachgewiesen zu werden, daß

die Unterlassung notwendigerweise das Unglück zur Folge gehabt habe. Liegt somit ein Mitverschulden der Beklagten vor, so ist die Haftbarkeit zwischen den Parteien zu verteilen, und zwar mit der Vorinstanz zu gleichen Teilen.

4. Was das Ausmaß der Entschädigung betrifft, so haben die Vorinstanzen angenommen, es habe der Verunglückte 1200 Fr. im Jahre auf den Unterhalt und die Erziehung der Kläger verwenden können. Hieran ist ohne weiteres festzuhalten. Ferner scheint auch der Zuspruch einer Rente den Verhältnissen angemessen. Dagegen ist es rechtsirrtümlich, wenn die Vorinstanzen die Pensionen, welche den Klägern von der deutschen Zollverwaltung seit dem Unfall ihres Versorgers gewährt werden, in Abrechnung bringen. Die Pensionen, die nach dem zu schließen, was die Parteien darüber vor den kantonalen Instanzen vorgebracht haben, auf dem für Elsaß-Lothringen geltenden Gesetz betreffend die Pensionen der Witwen und Waisen der Beamten und Lehrer, vom 24. Dezember 1873 beruhen, dienen nicht dazu, um den durch den Unfall den Hinterlassenen des de Cillia entstandenen Schaden zu ersetzen; die Verpflichtung zur Pensionierung setzt den Tod nicht als ein unerwartet die Verhältnisse der Hinterbliebenen berührendes schädigendes Ereignis voraus, sondern es ist dieses lediglich der vorausgesehene Anlaß zur Ausrichtung eines bis jetzt nicht ausgerichteten Entgelts für die von dem pensionsberechtigten Verstorbenen geleisteten Dienste. Es handelt sich also nicht um einen Vorteil, der den Hinterbliebenen aus dem Tode des de Cillia erwachsen wäre, sondern um die Erfüllung einer im Dienstverhältnisse begründeten Verpflichtung, oder ökonomisch gesprochen, um eine Art Ersparnis. Im Grunde und im Zwecke sind somit die Pensionen und die Haftpflichtentschädigung, auf welche die Kläger Anspruch erheben, verschieden und so kann von einer gegenseitigen Anrechnung der beiden Zuwendungen nicht die Rede sein. Es trifft auch nicht etwa das Billigkeitsmotiv zu, daß die Kläger auf Kosten der Beklagten bereichert würden. Denn da die Pensionsberechtigung einen Teil der Gegenleistungen des Staates für die Dienste seiner Beamten bildet, so ist klar, daß die eigentliche Löhnung um so geringer gehalten worden ist. Ohne die Pensionsberechtigung wäre diese größer und damit würde auch im Falle des Todes des Beamten

der Haftpflichtanspruch der Hinterbliebenen erhöht. Daß die Aufrechnung solcher Leistungen nicht zulässig ist, geht übrigens auch daraus hervor, daß in dem für die haftpflichtigen Unternehmer doch ungleich günstigern Fabrikhaftpflichtgesetz eine solche Anrechnung nur unter gewissen Voraussetzungen gestattet ist (vgl. Art. 9 desselben und ferner das Urteil des Bundesgerichs i. S. Gerber gegen Centralbahn, Amtl. Sammlg., Bd. X, S. 136 ff.). Heute ist behauptet worden, de Cillia sei auf Grund des Reichsgesetzes vom 15. März 1886 betreffend Fürsorge für Beamte und Personen des Soldatenstandes infolge von Betriebsunfällen pensionsberechtigt gewesen. Hierauf ist aber schon deshalb nicht einzutreten, weil dieser Standpunkt vor den kantonalen Instanzen nicht eingenommen und jenes Reichsgesetz denselben nicht vorgelegt worden ist. Die Verteilung der von der Beklagten zu bezahlenden Rentensummen auf die verschiedenen Kläger, wie sie von den Vorinstanzen vorgenommen worden ist, wurde nicht angefochten, und es ist denselben deshalb hierin zu folgen.

Aus diesen Gründen hat das Bundesgericht

die Berufung der Kläger begründet erfunden, diejenige der Beklagten dagegen abgewiesen und demgemäß

erkannt:

1. Die Beklagte wird bei ihrer eventuellen Anerkennung von 11 Fr. zu Gunsten der Klägerin Witwe Maria de Cillia behaftet.

2. Die Beklagte wird verurteilt, der Witwe Maria de Cillia eine lebenslängliche Jahresrente von 240 Fr. (zweihundert vierzig Franken), und jedem der Kinder Franz (geboren den 23. Mai 1879), Mathilde (geboren den 25. Juli 1882), Amalie (geboren den 26. Januar 1885), Melanie (geboren den 4. Mai 1887), Max (geboren den 4. August 1889) und Angélique de Cillia (geboren den 2. Juni 1896) eine Jahresrente von 60 Fr. (sechzig Franken) bis zum zurückgelegten 18. Lebensjahr jedes Kindes, jeweilen auf den 12. Dezember, erstmals 1896, auszuweisen.

3. Sobald das jüngste Kind sein 18. Lebensjahr noch bei Lebzeiten der Mutter vollendet haben wird, geht dessen Rente auf die Mutter über, so daß deren Jahresrente von da an 300 Fr. (dreihundert Franken) beträgt.

4. Stirbt die Witwe Marie de Cillia vor dem 12. Dezember 1905, so ist den zur Zeit des Todes der Mutter noch rentenberechtigten Kindern die Jahresrente auf je 120 Fr. (hundert und zwanzig Franken) zu erhöhen, jedoch mit der Maßgabe, daß der Gesamtbetrag der an die Kinder für ein Jahr auszuweisenden Renten 600 Fr. (sechshundert Franken) nicht übersteigen soll.

---

30. Urteil vom 10. Februar 1897 in Sachen Wernli gegen Kanton Baselstadt.

A. Am 3. Juni 1896, Nachmittags, war der 63jährige Jakob Wernli, der früher Stallhalter im Gasthaus zum „Schwarzen Ochsen" in Basel gewesen war, seine Stelle aber wegen Reduktion der Stallräumlichkeiten und vorgerückten Alters aufgegeben hatte, damit beschäftigt, für die Schreibstube für Arbeitslose, auf der er kurz vorher Beschäftigung als Ausläufer gefunden hatte, an der obern Gerbergasse Geschäftscirkulare zu vertragen, als er von einem in der Richtung gegen den Barfüßerplatz die Gerbergasse aufwärts fahrenden Wagen der staatlichen elektrischen Straßenbahn überfahren und dabei übel zugerichtet wurde. Wernli spielte wegen des Unfalls gegen den Kanton Baselstadt eine Haftpflichtklage aus, der der Beklagte die Einrede des Selbstverschuldens entgegenhielt. Letztere wurde von beiden kantonalen Instanzen in ihren Urteilen vom 30. Oktober bezw. 16. November 1896 geschützt, und demgemäß der Kläger mit seinem Anspruch abgewiesen. In thatsächlicher Beziehung stellten die kantonalen Gerichte fest, daß der Kläger, als er vom Tramwagen ergriffen wurde, gerade das Geleise überschreiten wollte und zwar in einer etwas schiefen Richtung, wobei er seinen Blick mehr straßaufwärts und nicht gegen die Richtung gewandt hatte, aus welcher der Wagen der Straßenbahn herkam, und ferner, daß der Tramführer den Signaldienst richtig versehen hat. Der Unfall könne daher, wurde hieraus gefolgert, nur deshalb erfolgt sein, weil sich der Kläger vor dem Überschreiten der Straße nicht gehörig umgeschaut und damit eine Vorsichtsmaßregel unterlassen habe, die in einer verhältnißmäßig

schmalen Straße mit starkem Fuhrwerk- und Straßenbahnverkehr für den Fußgänger, sobald er das sichere Trottoir verlasse, unbedingt erforderlich sei. Das Verhalten des Klägers sei ein derartiges gewesen, daß er auch hätte unter eine Kutsche oder eine Droschke gerathen können, die oft nicht weniger schnell als der Tramway und wegen des Holzpflasters der Fahrbahn mit weniger Geräusch dort durchfahren. Der Unfall sei daher nicht einmal ausschließlich auf die Gefahr zurückzuführen, die mit dem Betriebe der Straßenbahn in dortiger Gegend verbunden sei, sondern es falle derselbe einzig dem eigenen Verschulden des Klägers zur Last.

B. Gegen das appellationsgerichtliche Urteil hat der Kläger rechtzeitig und formgemäß die Berufung an das Bundesgericht erklärt und beantragte, es sei dasselbe aufzuheben und die Sache behufs Feststellung der dem Verletzten Wernli zukommenden Entschädigung an das Civilgericht Basel zurückzuweisen. Gleichzeitig stellte der Kläger das Begehren, es sei ihm, wie für die kantonalen Instanzen, auch für das bundesgerichtliche Verfahren, das Armenrecht zu erteilen. Das Alter und das Ungewohnte der Arbeit hätten es zwar mit sich gebracht, daß sich Wernli bei der Besorgung des Geschäfts etwas ungeschickt und unbeholfen benommen habe. Dies könne ihm jedoch nicht zum Verschulden angerechnet werden, zumal da seine Aufmerksamkeit auf das Auffinden einer Hausnummer gerichtet gewesen sei und er wohl deshalb die Signale überhört und es unterlassen habe, nach dem Tram Ausschau zu halten. Die eigentliche Ursache des Unfalls sei die Betriebsgefahr, die der Beklagte ganz auf sich nehmen müsse. Wenn aber der Unfall auch nur teilweise auf diese Betriebsgefahr, teilweise auf das Verschulden Wernlis zurückzuführen sei, so sollte doch wenigstens eine teilweise Vergütung des Schadens eintreten. Der Beklagte schließt auf Abweisung der Berufung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

Es ist nicht zu verkennen, daß der Betrieb einer Straßenbahn mit gewissen besondern Gefahren für das Publikum verbunden ist. Da die Fahrbahn von letzterm betreten werden darf, so ist die Möglichkeit einer Kollision mit den darauf rollenden Fahrzeugen erheblich gesteigert, und zwar um so mehr, je verkehrsreicher und enger die Straßen sind, über welche die Bahn fährt. Bei elektri-

schem Betriebe ist die Gefahr auch deshalb noch eine erhöhte, weil die verwendete Kraft einerseits eine große Fahrgeschwindigkeit gestattet, anderseits in einer Weise wirkt, die es mit sich bringt, daß die Fortbewegung der Wagen in der Regel ohne charakteristisches, ja überhaupt ohne erhebliches Geräusch vor sich geht. Diese Erwägungen führen dazu, daß bei Beantwortung der Frage, ob ein beim Betriebe einer elektrischen Straßenbahn erfolgter Unfall auf Rechnung der Betriebsgefahr zu setzen sei, ein etwas anderer Maßstab angelegt werden muß, als bei Unfällen, die sich beim Betriebe einer eigentlichen Eisenbahn ereignet haben. Und zwar werden insbesondere bei der Prüfung der Einrede des Selbstverschuldens die besondern Verhältnisse der Trambahnen berücksichtigt werden müssen, zumal da, wo dieselbe daraus hergeleitet wird, daß der Verunglückte die Fahrbahn nicht hätte betreten sollen. Dies ist ja an sich nicht verboten, und so wird darin ein schuldhaftes Verhalten des Verunglückten nur erblickt werden können, wenn dieser sich in besonders unbedachter und leichtfertiger Weise in den Bereich der Gefahr, die er erkennen konnte oder mußte, begeben hat oder wenn er, während er sich darin befindet, nicht auch nur die allgemein übliche Vorsicht beobachtete. Dabei wird auch der Umstand, daß das Herannahen des Zuges durch Warnungssignale angezeigt wird, nicht zu sehr in's Gewicht fallen dürfen. Denn gar leicht werden solche Signale ob dem übrigen Lärm auf der Straße, oder wohl auch weil man sich daran gewöhnt, überhört. Überhaupt bringt der Umstand, daß man den Betrieb mit seinen Gefahren stetsfort vor Augen hat, in Verbindung mit der Erwägung, daß für die Verhütung von Unfällen die Unternehmung genügende Vorsorge getroffen habe, eine gewisse Sorglosigkeit mit sich, die psychologisch erklärlich ist und aus der menschlichen Natur mit Notwendigkeit sich ergiebt. Es tritt allgemein eine etwelche Abstumpfung gegen die Gefahr ein, die an sich dem Publikum nicht zur Schuld angerechnet werden kann, und es wird deshalb nicht jede Unachtsamkeit, jedes Überhören der Signale durch einen Verunglückten mit Fug dem aus dem Unfall hergeleiteten Haftpflichtanspruch als Befreiungsgrund entgegengehalten werden dürfen. Vielmehr wird nach allen Umständen zu beurteilen sein, ob der Verunglückte dasjenige Maß von Vorsicht aufgewendet habe, das

jedermann zuzumuten ist. Vorliegend muß dies nun aber doch mit der Vorinstanz verneint werden. Nicht nur hat der Kläger die Trambahn betreten, ohne sich zu überzeugen, ob die Bahn frei sei, nicht nur hat er die vorschriftsmäßig abgegebenen Signale überhört, sondern er hat, während er sich schräg über die Geleise bewegte, und zwar in der Richtung gegen den heranfahrenden Wagen zu, ganz anderswohin geschaut, wie es scheint nach einer Hausnummer, die er suchte. Wernli muß somit geradezu blindlings in den Wagen hineingelaufen sein, und mochte er auch bei seinem Alter etwas unbeholfen sein, und mochte ferner auch die Besorgung einer geschäftlichen Obliegenheit seine Gedanken beschäftigen, so ist doch nicht einzusehen, weshalb er nicht trotzdem den Übergang über die Straße mit einem Aufwand auch nur einiger Aufmerksamkeit auf das, was um ihn her vorging, hätte bewerkstelligen können und sollen. Es ist somit in Übereinstimmung mit den Vorinstanzen die Klage wegen Selbstverschuldens des Klägers abzuweisen und zwar des Gänzlichen, da eine Teilung der Haftpflicht gesetzlich nicht zulässig ist, sobald angenommen werden muß, daß der Unfall durch die Schuld des Verunglückten verursacht worden sei.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen und das angefochtene Urteil in allen Teilen bestätigt.

V. Obligationenrecht. — Droit des obligations.

31. Urteil vom 22. Januar 1897 in Sachen Bank in St. Gallen gegen von Haberler.

A. Durch Urteil vom 10. November 1896 hat das Kantonsgericht des Kantons St. Gallen erkannt: Die Klage ist geschützt.

B. Gegen dieses Urteil hat die Beklagte die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrag, die Klage sei im Sinne

des Anhanges, wie er von der Beklagten im Vermittlungsvorstande, in I. Prozeßeingabe und laut Rezeß vor Kantonsgericht abgegeben worden sei, abzuweisen. In der heutigen Hauptverhandlung erneuert der Anwalt der Berufungsklägerin diesen Antrag. Der Anwalt des Berufungsbeklagten beantragt Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Am 21. Februar 1887 hat Erzherzog Johann von Österreich durch den Freiherrn Oberst von Meu hengen der Aktiengesellschaft Bank in St. Gallen Wertpapiere in bedeutendem Betrage zur Aufbewahrung übergeben, wogegen die Bank ihm einen auf den Namen lautenden Depositenschein ausstellte. Dieser Depositenschein nimmt auf die „anderseitig abgedruckten Bedingungen" Bezug, deren Art. 2 Abs. 1 dahin lautet: „Die Auslieferung eines Depositums erfolgt gegen Rückgabe des quittierten Depositenscheines an den Deponenten oder an einen von ihm hiezu genügend Bevollmächtigten. Wenn die Auslieferung nur für kurze Zeit verlangt wird, so kann dies gegen einfache Rückgabe des Depositenscheines geschehen." In der Folge fanden verschiedene Änderungen im Bestande des Depositums statt, worüber neue, bezw. modifizierte Depositenscheine, zuletzt, wie es scheint, am 8. Januar 1890, ausgestellt wurden. In einem Brief vom 1. September 1889 fragte Erzherzog Johann die Bank u. a. an, ob irgend Jemand sich um den Bestand seines in St. Gallen deponierten Vermögens erkundigt habe, und verband damit das Gesuch, vorkommenden Falls Auskunft zu verweigern, und auch die untergeordneten Beamten in diesem Sinne anzuweisen. Im Jahr 1889 verzichtete Erzherzog Johann auf sein Recht, als Prinz des kaiserl. österreichischen Hauses öffentlich angesehen und behandelt zu werden, nnd nahm mit Bewilligung des Kaisers von Österreich den bürgerlichen Namen Johann Orth an. Am 9. Januar 1890 stellte er in Birstein (Landgerichtsbezirk Hanau, Oberlandgerichtskreis Kassel) dem Dr. Franz Ritter von Haberler, Hof- und Gerichtsadvokaten in Wien, in Ersetzung einer bereits früher, am 24. Januar 1889, in Pola ausgestellten Vollmacht, eine sehr umfassende Vertretungsvollmacht aus. Dieselbe ermächtigt den Bevollmächtigten u. a., den Machtgeber in allen Rechts-

und politischen Angelegenheiten zu vertreten, Gelder und Geldeswert zu erheben und darüber rechtsgiltig zu quittieren, Zahlungen zu leisten, alle Arten von Erklärungen abzugeben, Amortisierungen zu bewirken, überhaupt alles vorzukehren, was er für notwendig und nützlich erachten wird." Die Unterschrift des Johann Orth auf dieser Vollmacht ist durch das kgl. preußische Amtsgericht Birstein beglaubigt. Im Jahr 1890 erwarb Johann Orth das Schiff „St. Margarethe"; dasselbe segelte am 11. Juni 1890 befrachtet von La Plata ab, ohne den Bestimmungshafen Valparaiso zu erreichen. Es ist seither weder über das Schicksal des Schiffes, noch über dasjenige des Johann Orth, von welchem angenommen wird, er habe sich bei Abfahrt von La Plata mit seiner ihm inzwischen angetrauten Gemahlin an Bord des Schiffes befunden, sichere Kunde eingegangen. Seit März oder April 1891 sandte die Bank in St. Gallen, welche bis dahin ihre Kontokurrentauszüge an Johann Orth adressiert hatte, dieselben zu dessen Handen an Hrn. Dr. Ritter von Haberler, sie hat auch, wie diese Kontokorrentauszüge zeigen, seither auf Rechnung des Kontokorrents Zahlungen an den Ritter von Haberler und an Dritte gemacht. In einer Verbalnote des österreichischen Ministeriums des Äußern vom 1. März 1894 an die schweizerische Gesandtschaft in Wien wird erklärt, daß eine Todeserklärung des verschollenen Johann Orth nicht vorgenommen worden sei, daß eine solche auch kaum vor der in Al. 2 des § 24 a. b. G.-B. bestimmten Frist von 30 Jahren erwirkt werden könnte, daß jedoch der Hof- und Gerichtsadvokat Dr. Ritter von Haberler als Bevollmächtigter des genannten Johann Orth ausgewiesen sei. Eine spätere Verbalnote der gleichen Stelle vom 19. Oktober 1896 bestätigt, daß an der in der Note vom 1. März 1894 gekennzeichneten Sachlage sich nichts geändert habe. Am 10. September 1896 erhob nunmehr Dr. von Haberler als Bevollmächtigter seiner k. u. k. Hoheit Erzherzog Johann (Johann Orth) beim Vermittleramt St. Gallen Klage gegen die Aktiengesellschaft Bank in St. Gallen dahin, die Beklagte sei pflichtig, das gesamte bei ihr von Erzherzog Johann (Johann Orth) deponierte Vermögen in dem durch die Buchaufschriebe der Bank sich ergebenden Bestande an Wertschriften und Baarschaft, unter

Mortifikation des bezüglichen Depositenscheines an den Kläger herauszugeben. Die Beklagte bestritt die Klage, sie gab in dem oben Fakt. B citierten Anhang die Erklärung ab, daß sie bereit sei, das Depositum gegen Rückgabe des quittierten Depositenscheines an den Berechtigten auszuliefern, sie könne jedoch den Kläger Dr. von Haberler nicht als solchen anerkennen, und müsse daher den gerichtlichen Entscheid anrufen, an wen und unter Erfüllung welcher Formalitäten die Auslieferung erfolgen dürfe. Die Sache wurde daher an die Gerichte, und zwar, auf Begehren der Parteien unter Umgehung der ersten Instanz, direkt an das Kantonsgericht St. Gallen gewiesen. Vor diesem Gerichtshofe führte der Kläger im Wesentlichen aus: Kraft der formell beweiskräftigen Vollmachtsurkunde vom 9. Januar 1890 sei er zur Erhebung des Depositums ermächtigt. Die Vollmacht sei nicht erloschen. Denn weder sei der Tod des Johann Orth nachgewiesen, noch eine Todeserklärung erfolgt. In Statusfragen sei das heimatliche (österreichische) Recht maßgebend; nach demselben bestehe eine Lebensvermutung bis zum Erlaß einer Todeserklärung, und sei der Tag, an welchem letztere rechtskräftig werde, als Sterbetag anzusehen (§§ 24, 278 a. b. G.-B.). Die Vollmacht sei auch nicht durch Inkrafttreten eines gesetzlichen Repräsentationsverhältnisses erloschen. Die Anwendung des st. gallischen Vormundschaftsgesetzes sei ausgeschlossen und nach dem maßgebenden österreichischen Recht sei ein Abwesenheitskurator nicht bestellt worden. Der Verlust des Depositenscheines als Schuldurkunde habe zur Folge, daß dessen Mortifikation erfolgen müsse. Hiefür sei das Recht des Wohnortes des Schuldners, also das schweizerische Obligationenrecht maßgebend. Nach diesem sei der Depositenschein als Namenpapier gemäß Art. 105 Abs. 1 zu mortifizieren. Über den Umfang des Depositums und die Pflicht zur Rückzahlung desselben an den Berechtigten seien die Parteien einig. Dagegen brachte die Beklagte an: Der Kläger sei zum Rückzug des Depositums nicht berechtigt. Denn zunächst werde die Ächtheit der Unterschrift und der Beglaubigung der von ihm vorgelegten Vollmacht zur Zeit bestritten, und sodann enthalte die Vollmacht, speziell angesichts des Briefes des Johann Orth vom 1. September 1889 keine unzweideutige Ermächtigung

zu einem mit den Intentionen des Vollmachtgebers im Widerspruch stehenden Rückzug des Depositums (Art. 1006, 1007 des österreichischen a. b. G.-B.). Abgesehen hievon habe die Vollmacht gegenwärtig angesichts der notorischen Verschollenheit des Johann Orth keine Gültigkeit mehr, da an Stelle eines Verschollenen nicht ein Anwalt mit einer gewöhnlichen Anwaltsvollmacht, sondern nur ein curator absentis klagen könne. Für den Fall, daß Kläger zur Rücknahme des Depositums an sich legitimiert erscheinen sollte, solle das Gericht feststellen, unter welchen Modalitäten diese Rückgabe erfolgen dürfe und müsse.

2. In erster Linie muß geprüft werden, inwieweit das Bundesgericht zur Beurteilung der Berufung kompetent ist. Da der gesetzliche Streitwert gegeben ist, so hängt dies davon ab, ob in der Sache eidgenössisches Recht anwendbar ist. Nun kann einem Zweifel nicht unterliegen, daß der eingeklagte Anspruch selbst, d. h. der Anspruch des Johann Orth auf Rückgabe des der Bank anvertrauten Depositums, dem eidgenössischen Recht untersteht. Denn der Hinterlegungsvertrag, auf welchen diese Forderung sich stützt, ist in der Schweiz abgeschlossen worden, und war dort, wo der Aufbewahrer (die Bank) seinen Sitz hat, zu erfüllen, er wird also vom schweizerischen Rechte beherrscht. Das Bundesgericht ist daher grundsätzlich kompetent. Dies schließt indessen nicht aus, daß einzelne, für die Endentscheidung präjudizielle Rechtsfragen nach ausländischem oder nach kantonalem Recht zu entscheiden sind, und das Bundesgericht also hinsichtlich deren Lösung an das Erkenntniß der Vorinstanz gebunden ist.

3. Dies ist in der That in mehrfachen Beziehungen der Fall. Die Beklagte bestreitet nämlich nicht, dem Johann Orth, oder seinem legitimierten Rechtsnachfolger oder Stellvertreter zur Herausgabe der Hinterlage gegen Rückgabe des Depositenscheines verpflichtet zu sein, sondern sie bestreitet in erster Linie einerseits, daß Namens des Johann Orth überhaupt noch geklagt werden könne, dieser noch parteifähig sei, da er durch den Tod die Rechtsfähigkeit verloren habe, und andrerseits, daß der als Bevollmächtigter des Johann Orth klagende Dr. von Haberler befugt sei, den Anspruch aus dem Hinterlegungsvertrag Namens des Johann Orth geltend zu machen. In letzter Linie wird sodann die Ein-

wendung erhoben, daß auch Johann Orth selbst, oder ein gehörig legitimierter Rechtsnachfolger oder Stellvertreter desselben die Herausgabe des Depositums nur gegen Rückgabe des Depositenscheines verlangen könnte, und das Begehren gestellt, das Gericht möchte entscheiden, unter Beobachtung welcher Formalitäten die Herausgabe des Depositums zu erfolgen habe.

4. Hinsichtlich der Frage der Parteifähigkeit des Johann Orth d. h. der dieselbe bedingenden Rechtsfähigkeit nun ist keinenfalls eidgenössisches Recht maßgebend. Einen Beweis für den Tod des Johann Orth hat die beklagte Partei nicht geführt und auch (übrigens gewiß mit Recht) nicht anerboten. Die Sachlage ist also die, daß über Leben oder Tod des Johann Orth keine Gewißheit besteht, sondern Ungewißheit herrscht. Sein Tod mag nach den Umständen als wahrscheinlich erscheinen, bewiesen ist er jedenfalls nicht. Die Frage aber, ob ein Verschollener, über dessen Leben und Tod keine Gewißheit besteht, rechtlich als fortlebend zu betrachten sei, ist auch dann, wenn sie für Rechtsverhältnisse des Obligationenrechtes in Betracht kommt, keine Frage des Obligationenrechtes, sondern grundsätzlich eine solche des Personenrechtes. Denn es kommen für deren Beantwortung die Rechtssätze über Beginn und Ende der Rechtsfähigkeit, also Rechtssätze nicht des Obligationenrechtes, sondern des Personenrechtes zur Anwendung. Die Entscheidung der Vorinstanz, daß für diese Frage österreichisches Recht maßgebend sei, und daß nach diesem Johann Orth rechtlich als fortlebend betrachtet werden müsse, entzieht sich also der Nachprüfung des Bundesgerichtes, da für dieselbe nicht eidgenössisches Recht gilt. Übrigens ist die Annahme der Vorinstanz, es komme hiefür österreichisches Recht zur Anwendung, nach den Grundsätzen des internationalen Privatrechtes richtig. Denn anwendbar erscheint, nach diesen Grundsätzen, das für das Personalstatut des Verschollenen maßgebende Recht. Dieses ist aber in casu zweifellos österreichisches Recht, da der Verschollene sowohl österreichischer Staatsangehöriger war, als auch in Österreich seinen letzten bekannten Wohnsitz hatte, sein Personalstatut sich also nach österreichischem Rechte beurteilt, mag man für dasselbe das Recht der Heimat oder dasjenige des Wohnsitzes als maßgebend erachten.

5. In Bezug auf die weitere Frage, ob der klagende Bevollmächtigte Dr. von Haberler zur Geltendmachung des streitigen Anspruches Namens des Johann Orth befugt sei, ist zu bemerken: Nachdem, wie ausgeführt, davon auszugehen ist, es sei Johann Orth rechtlich als fortlebend zu behandeln, kann selbstverständlich davon keine Rede sein, daß die Vollmacht wegen Todes des Vollmachtgebers erloschen wäre. Ob für denselben, wegen seiner langen Abwesenheit, ein curator absentis hätte bestellt werden sollen, beurteilt sich, da es sich dabei um eine Frage des Vormundschaftsrechtes handelt, nicht nach dem eidgenössischen Obligationenrecht, sondern nach dem, in Gemäßheit des kantonalen st. gallischen Rechtes hiefür örtlich maßgebenden Vormundschaftsrechte. Die Vorinstanz hat angenommen, es sei dies das österreichische Recht, und nach diesem sei die Bestellung eines curator absentis nicht erforderlich gewesen, da der Verschollene einen ordentlichen Sachwalter zurückgelassen habe. Diese Entscheidung entzieht sich, da sie nicht auf der Anwendung eidgenössischen Rechtes beruht, der Nachprüfung des Bundesgerichtes. Es kann sich also für die Befugniß des Dr. v. Haberler, als Stellvertreter des Johann Orth den streitigen Anspruch geltend zu machen, da die Ächtheit der Vollmacht vom 9. Januar 1890 prozessualisch festgestellt ist, nur noch darum handeln, ob diese Vollmacht, ihrem Inhalte nach, ihn hiezu ermächtige. Nun ist die Vollmachtsurkunde in preußischem Staatsgebiete unterzeichnet worden; nichtsdestoweniger kann indessen wohl keinem Zweifel unterliegen, daß der Vollmachtsvertrag zwischen Johann Orth und seinem Bevollmächtigten nicht dem preußischen, sondern dem österreichischen Rechte untersteht, denn derselbe ist zwischen österreichischen Angehörigen und Einwohnern, speziell zur Ausführung durch einen österreichischen Bevollmächtigten von seinem österreichischen Wohnsitze aus, abgeschlossen, und es ist offenbar nur zufälligerweise die Vollmachtsurkunde außerhalb des österreichischen Staatsgebietes unterzeichnet worden. Nun nimmt die Vorinstanz an, nach österreichischem Rechte ermächtige diese Vollmacht den Bevollmächtigten zum Rückzug des Depositums bei der Beklagten. Diese Entscheidung ist vom Bundesgerichte nicht nachzuprüfen. Ist dieselbe richtig, so scheint klar zu sein, daß dann jedenfalls

der Vollmachtgeber oder sein Rechtsnachfolger eine an den Bevollmächtigten geschehene Leistung ohne weiteres gegen sich gelten lassen müssen. Daran festzuhalten ist jedenfalls, daß der Vollmachtgeber durch den Bevollmächtigten insoweit gültig vertreten wird, als dieser nach dem den Vollmachtvertrag beherrschenden Rechte hiezu befugt ist. Es braucht also im vorliegenden Falle nicht untersucht zu werden, wie sich die Sache bei Anwendung eidgenössischen Rechts verhalten würde, und braucht auch auf die Frage nicht eingetreten zu werden, ob für Beurteilung des Inhaltes einer Vollmacht nicht auch das Recht des Landes, in welchem der Bevollmächtigte als Stellvertreter des Vollmachtgebers gehandelt hat, dann in Betracht komme, wenn dieses Recht der Vollmacht einen weitergehenden Inhalt beilegt, als das Recht, welchem der der Vollmacht zu Grunde liegende Vertrag untersteht. Übrigens mag bemerkt werden, daß die in Rede stehende Entscheidung der Vorinstanz sachlich auch bei Anwendung des eidgenössischen Obligationenrechtes (wie des österreichischen Rechts) als richtig erscheint. Die Vollmacht vom 9. Januar 1890 ist nicht, wie die Beklagte gemeint hat, eine gewöhnliche Advokatenvollmacht, sondern eine sehr weitgehende Vollmacht zur Vermögensverwaltung, sie ermächtigt den Bevollmächtigten, ohne jede örtliche oder ziffermäßige Beschränkung u. a. zur Erhebung von Geld oder Geldeswert, also gewiß auch zum Rückzug des streitigen Depositums. Der Brief des Vollmachtgebers vom 1. September 1889 ist durchaus nicht geeignet, den Inhalt dieser, zudem später ausgestellten, Vollmacht in irgend welcher Weise einzuschränken, und kann sich auf Personen, welche sich als Bevollmächtigte des Schreibers ausweisen, überhaupt nicht beziehen.

6. Danach kann sich denn nur noch fragen, ob die Klage deshalb abzuweisen sei, weil der Depositenschein nicht zurückgegeben werden kann, und nicht gerichtlich amortisiert ist. Diese Frage ist unzweifelhaft nach eidgenössischem Recht zu beurteilen, sie ist aber unbedenklich zu verneinen. Der Depositenschein ist Namenpapier, weder vollkommenes, noch auch nur ein unvollkommenes, sog. hinkendes Inhaberpapier, er lautet auch nicht an Ordre, sondern ist vielmehr einfach auf den Namen des Hinterlegers ausgestellt, und es erfolgt nach den Bestimmungen der aufge-

druckten Bedingungen die Auslieferung des Depositums an den Deponenten oder einen von ihm hiezu genügend Bevollmächtigten. Er ist also weder Inhaber- noch indossables Papier, sondern ein gewöhnliches Namenpapier, welches, wie übrigens schon seine äußere Form zeigt, gar nicht zur Cirkulation bestimmt ist. Allerdings enthalten die aufgedruckten Bedingungen die Vorschrift, die Auslieferung des Depositums erfolge gegen die Rückgabe des quittierten Depositenscheines. Allein diese Klausel stempelt den Depositenschein nicht zum Wertpapier, bei welchem der Schuldner nur gegen Rückgabe der Urkunde oder gegen ein dieselbe vertretendes, auch gegen Dritte wirksames gerichtliches Amortisationsdekret zur Erfüllung verpflichtet ist. Vielmehr anerkennt das Obligationenrecht als Wertpapiere, bei welchen dies zutrifft, wie das Bundesgericht in seiner Entscheidung in Sachen Hauert gegen Zürcher Kantonalbank vom 21. Juni 1884 (Amtl. Samml. der bundesger. Entsch., Bd. X, S. 281 ff.) ausgesprochen hat, (abgesehen von den dem kantonalen Rechte vorbehaltenen grundversicherten Papieren) nur Wechsel, Ordre- oder Inhaberpapiere. Für alle übrigen verbrieften Forderungen gilt nach dem Obligationenrecht einfach die Regel des Art. 105 Abs. 1 dieses Gesetzes, wonach, wenn der Gläubiger behauptet, der Schuldschein sei abhanden gekommen, der Schuldner bei der Zahlungsleistung fordern kann, daß der Gläubiger die Entkräftung des Schuldscheines und die Tilgung der Schuld in einer öffentlichen oder beglaubigten Urkunde erkläre. Die erwähnte Klausel des Depositenscheines enthält in der That, gegenüber dem gemeinen Rechte der verbrieften Forderungen, wonach gemäß Art. 102 O.-R. der Schuldner bei gänzlicher Tilgung der Schuld die Rückgabe des Schuldscheines verlangen kann, kaum etwas außergewöhnliches. Es hat denn auch die Anwendung von Art. 105 Abs. 1 O.-R. auf den fraglichen Depositenschein keinerlei Gefährdung des Schuldners zur Folge, da die Forderung aus dem Scheine eben nur nach den gewöhnlichen Regeln der Cession übertragbar ist. Daß der Gläubiger die Behauptung, der Schuldschein sei abhanden gekommen, persönlich aufstellen müsse, nicht auch sein Stellvertreter diese Behauptung in seinem Namen aufstellen könne, ist offenbar unrichtig, denn es gehört ja die Aufstellung

dieser Behauptung zur Geltendmachung desjenigen Anspruchs zu dem der Stellvertreter befugt ist.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen, und daher das Urteil des Kantonsgerichtes des Kantons St. Gallen vom 10. November 1896 in allen Teilen bestätigt.

---

32. Urteil vom 22. Januar 1897 in Sachen Bloch gegen Schlumberger.

A. Durch Urteil vom 23. November 1896 hat das Appellationsgericht des Kantons Baselstadt erkannt: Es wird das erstinstanzliche Dispositiv bestätigt.

Das erstinstanzliche Urteil ging dahin, die Beklagten seien zur Zahlung von 2500 Fr. nebst 5 % Zins seit dem 24. Juli 1896 und von 47 Fr. an den Kläger verurteilt.

B. Gegen dieses Urteil haben die Beklagten die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrag, das Bundesgericht wolle dasselbe gemäß Art. 79, Abs. 2 des Organis.-Ges. über die Bundesrechtspflege aufheben und die Sache zu neuer Entscheidung an das kantonale Gericht zurückweisen. Eventuell sei der Kläger in Aufhebung des angefochtenen Urteils mit seiner Klage abzuweisen, alles unter Kostenfolge.

Der Kläger beantragt in seiner Antwortschrift die Berufung abzuweisen und das angefochtene Urteil zu bestätigen, unter Kostenfolge.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Am 1. Juli 1896 kaufte der Kläger, Schlumberger-Vischer in Basel, von den Beklagten, den Pferdehändlern Gebr. Bloch daselbst, eine Irländer-Stute gegen Zahlung von 2000 Fr. und Hingabe eines Braunwallachs. Die Beklagten verpflichteten sich dabei, die Stute bis zum 1. August gl. Jahres gegen Barbezahlung von 2500 Fr. zurückzunehmen, falls sie beim Reiten oder

Fahren scheue, oder nicht ganz vertraut am Wagen ein- oder zweispännig gehe. Am 24. Juli stellte Kläger das gekaufte Pferd den Beklagten zur Disposition, weil dasselbe weder ein- noch zweispännig anziehe. Die Beklagten ließen am 25. Juli das Pferd in ihrer Reitschule probieren, und verweigerten auf diese Probe hin, dasselbe zurückzunehmen, worauf es vom Kutscher des Klägers wieder mitgenommen und in den Stall des Klägers gestellt wurde. Am Abend des gleichen Tages erkrankte das Pferd und verendete Tags darauf. Die am 27. Juli angeordnete Expertise konstatierte starke Läsionen im Magen und Dünndarm. Dazu bemerkten die Experten, ob diese die Folge von Einwirkungen fremder Substanzen sei, oder Nachkrankheit eines früheren intestinalen Krankheitsprozesses, bleibe dem Resultate der chemischen Untersuchung anheimgestellt. Eine chemische Untersuchung hat jedoch nicht stattgefunden. Mit Klage vom 17. August 1896 belangte Kläger die Beklagten auf Zahlung der vereinbarten Garantiesumme von 2500 Fr. nebst Zins à 5 % vom 24. Juli 1896 an, sowie weiterer 47 Fr. Beide kantonalen Instanzen haben die Klage abgewiesen. Die erste Instanz führte im Wesentlichen aus: Es sei durch verschiedene, vollständig unverdächtige Zeugen übereinstimmend wahrgenommen worden, daß das Pferd bei der ersten (am 23. Juli abgehaltenen) Probe nicht habe ziehen wollen. Daß etwa der Mißerfolg dieser Probe einer Ungeschicklichkeit oder dem bösen Willen des hantierenden Kutschers zuzuschreiben sei, werde durch nichts gestützt. Vielmehr habe sich dieser alle Mühe gegeben, das Pferd in Bewegung zu bringen. Für die zweite Probe sei allerdings durch zwei Zeugen bestätigt, daß unter der Führung des Piqueurs der Beklagten das Pferd gegangen sei. Allein diese Zeugen seien von den Beklagten abhängig, also nicht einwandfrei. Selbst wenn man aber deren Aussagen als richtig annehme, so wäre damit nur bewiesen, daß das Pferd unter einem besonders gewandten Rosselenker zweispännig gegangen sei, bei einem gewöhnlichen fahrkundigen Kutscher aber versagt habe. Da es aber für den Kläger nur auf letzteres ankommen könne, müsse die Voraussetzung der Rücknahmepflicht als eingetreten angesehen werden. Daraus folge aber weiter, daß Kläger am 24. Juli 1896 berechtigt gewesen sei, das Pferd den Beklagten zur Verfügung zu

stellen. Die Beklagten seien dadurch, daß sie dasselbe nicht zurücknahmen, in Verzug gekommen; damit haben sie auch die Gefahr des Untergangs des Pferdes zu tragen gehabt. Es müßte daher der Nachweis erbracht sein, daß dasselbe durch Verschulden oder Arglist des Klägers oder eines unter seiner Verantwortlichkeit stehenden Angestellten zu Grunde gegangen sei. Ein solcher Beweis sei aber nicht erbracht, und habe durch die Expertise nicht erbracht werden können, weil eine fahrlässige oder dolose Handlung von seiten der Beklagten ebensogut wie von seiten des Klägers möglich gewesen sei. Die zweite Instanz führte im Anschluß an die thatsächliche Feststellung des erstinstanzlichen Urteils im Wesentlichen aus: Das Konkordat betreffend Bestimmung und Gewähr der Viehhauptmängel, dem Baselstadt 1855 beigetreten, und das auch als innerkantonales Recht aufgestellt worden sei, finde in diesem Falle, entgegen dem Antrag der Beklagten, keine Anwendung, weil die Rückbietung des Pferdes nicht auf Grund eines Konkordatshauptmangels erfolgt sei. Daß der Kläger den ihm obliegenden Beweis der Nichtexistenz der zugesicherten Eigenschaft geführt habe, sei aus den von der ersten Instanz angeführten Erwägungen begründet. Ebenso sei der Auffassung der ersten Instanz beizutreten, daß die Beklagten durch Weigerung der Rücknahme in Annahmeverzug geraten seien, und daher die Gefahr für einen zufälligen Untergang des Pferdes zu tragen haben; es folge dies per argumentum aus Art. 254 O.-R. Durch den Annahmeverzug des Verkäufers reduziere sich demgemäß die Custodiapflicht des Käufers auf dolus und culpa lata, so daß Alles, was ohne dolus und culpa lata des Käufers eingetreten sei, unter den vom Verkäufer zu prästierenden Zufall zu subsumieren sei. Daß der Käufer im vorliegenden Falle den dergestalt nach Gesetz ihm obliegenden Grad von Sorgfalt in der custodia beobachtet habe, sei aus den Umständen nachgewiesen, indem er das Pferd gehörig in seinem Stalle untergebracht und bei Auftreten der Krankheit sofort tierärztliche Behandlung veranlaßt habe.

2. Die vorliegende Klage stellt sich als Wandelungsklage dar; denn das Klagbegehren des Klägers geht rechtlich dahin, den Kauf rückgängig zu machen wegen Mängel der Kaufsache, für welche die Gewährleistung des Verkäufers in Anspruch genommen wird.

Ob die Zusicherung der in Frage kommenden Eigenschaften im Kaufvertrag selbst, oder, wie die erste Instanz angenommen hat, in einem Nebenvertrage erfolgt sei, ändert an der rechtlichen Natur der Klage als einer Wandelungsklage nichts, ebensowenig wie der Umstand, daß die Parteien die dem Verkäufer obliegende Ersatzleistung zum Voraus in einer bestimmten Summe festgesetzt haben.

3. Nun beschweren sich die Beklagten in ihrer Berufungsschrift in erster Linie darüber, daß die Vorinstanz diese Klage nach dem eidgenössischen Obligationenrecht beurteilt hat, während nach ihrer Ansicht das Konkordat über Bestimmung und Gewähr der Viehhauptmängel vom 16. August 1853 zur Anwendung komme. Dieses Konkordat ist allerdings durch Gesetz vom 5. Juni 1855 für Verkäufe von Pferden und Rindvieh als innerkantonales Recht für den Kanton Baselstadt erklärt worden; allein die Vorinstanz hat dasselbe mit Recht im vorliegenden Falle als nicht anwendbar erachtet. Wenn nämlich Art. 890 O.-R. rücksichtlich der Gewährleistung beim Viehhandel die Vorschriften der kantonalen Gesetzgebungen, bezw. des erwähnten Konkordats vorbehält, so bezieht sich dieser Vorbehalt nur auf die Spezialbestimmungen der kantonalen Gesetzgebungen und des Konkordates und es hat dabei keineswegs die Meinung, daß es sich hier um eine Rechtsmaterie handle, die ausschließlich, bis zum Erlaß eines eidgenössischen Spezialgesetzes, vom kantonalen Recht, bezw. dem Konkordat beherrscht werde, und daher der Anwendung des eidg. Obligationenrechts schlechthin entzogen sei. Vielmehr greifen auch rücksichtlich der Gewährleistung beim Viehhandel die Bestimmungen des eidg. Obligationenrechts Platz, soweit diese Gewährleistung nicht durch die kantonale Gesetzgebung bezw. das Konkordat speziell normiert ist (s. Entsch. des Bundesgerichts in Sachen Bloch gegen Gülich, Amtl. Sammlg., Bd. XXII, S. 867, E. 4). Da nun die Rückbietung des Pferdes nicht auf Grund eines Konkordatshauptmangels erfolgt ist, kommt daher in casu nicht das Konkordat, sondern das eidg. Obligationenrecht zur Anwendung.

4. Fragt es sich also, ob nach eidg. Obligationenrecht die Voraussetzungen der Wandelungsklage vorhanden seien, so ist zunächst unbestritten, daß die Verkäufer die Zusicherung gegeben haben, das Pferd werde beim Reiten und Fahren nicht scheuen, und ganz vertraut

am Wagen ein- und zweispännig gehen. Ebenso besteht darüber kein Streit, daß die vertraglich bestimmte Garantiezeit noch nicht abgelaufen war, als der Käufer das Pferd den Verkäufern zur Verfügung stellte. Streitig ist dagegen die Frage, ob das Pferd jene zugesicherten Eigenschaften besessen habe oder nicht. Die Beweislast trifft hier, wie die Vorinstanzen richtig angenommen haben, den Käufer. Da der Käufer den Kaufgegenstand als Erfüllung angenommen und den Preis bezahlt hat, bedarf es des vom Verkäufer zu leistenden Beweises, daß er seinerseits erfüllt habe, nicht mehr, sondern es hat der Käufer, welcher wegen behaupteter Sachmängel Ansprüche an den Verkäufer erhebt, das Vorhandensein dieser Mängel darzuthun (Amtl. Sammlg. der bundesger. Entsch., Bd. XV, S. 800). Dieser Beweis muß nun aber als erbracht angesehen werden. Denn die Vorinstanz stellt fest, daß das Pferd zwar unter einem besonders gewandten Lenker zweispännig gegangen sei, bei einem gewöhnlichen fahrkundigen Kutscher aber versagt habe. Diese Feststellung ist eine rein thatsächliche und nicht etwa aktenwidrig; das Bundesgericht ist daher an dieselbe gemäß Art. 81, Organis.-Ges. gebunden. Damit ist aber dargethan, daß das Pferd die zugesicherten Eigenschaften nicht besessen hat, denn es kann jedenfalls nicht gesagt werden, daß dasselbe ganz vertraut am Wagen gegangen sei, wenn ein gewöhnlicher fahrkundiger Kutscher es nicht zu leiten, bezw. in Bewegung zu bringen vermochte. Wenn die Berufungskläger behaupten, die Würdigung, welche die Zeugenaussage durch die kantonalen Instanzen erfahren hat, widerspreche der Beweisregel, wonach ein Beweis als nicht erbracht anzusehen sei, wenn die Thatsachen oder Vorgänge, welche Beweis machen sollen, in irgend einer Weise durch die beweispflichtige Partei bedingt sind, so ist dagegen zu bemerken, daß es sich hier jedenfalls nicht um eine Beweisregel des materiellen Rechts, sondern nur um eine solche des Prozeßrechts handeln könnte, und das Bundesgericht daher zum Entscheid darüber, ob die Vorinstanz dieselbe in rechtsirrtümlicher Weise außer Acht gelassen habe, nicht kompetent ist.

5. Es muß also mit der Vorinstanz angenommen werden, daß Kläger berechtigt war, den Beklagten das Pferd zurückzubieten. Daraus folgt gemäß Art. 254 O.-R. weiter, daß die

Gefahr des Unterganges des Pferdes nicht den Kläger, sondern die Beklagten traf. Denn nach Art. 254 cit. kann die Wandelung auch begehrt werden, wenn die mangelhafte Sache infolge ihrer Mängel oder durch Zufall untergegangen ist, und der Käufer hat in diesem Falle nur das zurückzugeben, was ihm von der Sache verblieben ist. Es kann sich also nur noch fragen, ob das Pferd nicht durch ein Verschulden des Klägers zu Grunde gegangen sei, in welchem Falle die Wandelungsklage nach Art. 254, zweiter Absatz nicht statthaft ist. In Bezug auf das Maß der vom Kläger zu prästierenden Diligenz kommt in Betracht, daß die Beklagten nach dem oben Ausgeführten die Rücknahme des Pferdes grundlos verweigert, sich also von dem Moment an, wo es ihnen zurückgeboten wurde, im Annahmeverzug befunden haben. Während nach gemeinem Recht der Schuldner beim Annahmeverzug des Gläubigers bekanntlich nur für dolus und culpa lata haftet (Dernburg, Pand. II, § 43; Windscheid, Pand. § 346), macht allerdings das eidg. Obligationenrecht von dem in Art. 113 ausgesprochenen Grundsatz, daß der Schuldner im allgemeinen für jede Fahrlässigkeit haftet, für diesen Fall keine Ausnahme. Allein diese grundsätzliche Haftung des Schuldners bestimmt sich überhaupt nicht nach einem für alle Fälle gleichen Maße, sondern sie ist je nach der besondern Natur des Geschäftes eine mehr oder minder ausgedehnte, und wird insbesondere milder beurteilt, wenn das Geschäft für den Schuldner keinerlei Vorteil bezweckt (Art. 113). In Anwendung dieser hinsichtlich der Abstufung der Diligenzpflicht geltenden Grundsätze muß denn an die Diligenzpflicht des Schuldners auch in dem Falle ein weniger strenger Maßstab angelegt werden, wo der Gläubiger sich in Annahmeverzug befindet. Daß nun der Kläger die ihm obliegende Sorgfalt in der Obhut des Pferdes angewendet habe, muß nach den Feststellungen der Vorinstanz in der That angenommen werden; denn die Vorinstanz stellt thatsächlich und in für das Bundesgericht verbindlicher Weise fest, daß er das Pferd gehörig in seinem Stalle untergebracht, und bei Auftreten der Krankheit sofort tierärztliche Behandlung veranlaßt hat. Wenn Beklagte dagegen Beweiserhebung durch Expertise darüber angetragen haben, daß Kläger bezw. seine Angestellten das Pferd un-

richtig oder zur Unzeit gefüttert und dadurch die Krankheit desselben verschuldet haben, so kann in der bundesgerichtlichen Instanz dieses Beweisanerbieten nicht berücksichtigt werden, da die kantonalen Instanzen, wie aus deren Urteilen hervorgeht, aus prozessualen Gründen darauf nicht eingetreten sind.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen, und daher das Urteil des Appellationsgerichtes des Kantons Baselstadt vom 23. November 1896 in allen Teilen bestätigt.

---

33. *Arrêt du 23 janvier 1897 dans la cause Schoop contre Masse Hegi.*

Le 1er novembre 1895 J. Schoop, négociant à Berne, a vendu à Joseph Hegi, à Payerne, quinze wagons de maïs Plata avec odeur, à raison de 13 fr. 50 c. les 100 kg., franco gare Payerne, livrables successivement jusqu'au 30 avril 1896, au choix de Hegi. Les factures étaient payables, après livraison, par traites à 60 jours, plus l'intérêt dès le 30 novembre 1895; les frais de magasinage étaient à la charge de l'acheteur.

Hegi prit livraison d'un seul wagon, pour lequel Schoop tira une traite de 1695 francs au 1er mars 1896. Cette traite fut protestée; Schoop exerça des poursuites pour effet de change, ensuite desquelles Hegi paya la dite traite en trois acomptes, le dernier paiement étant du 7 mai 1896.

Dans l'intervalle, Hegi avait chargé le notaire Pidoux, à Payerne, d'obtenir pour lui un concordat de ses créanciers. Dans ce but, Pidoux écrivit ce qui suit à Schoop, sous date du 14 mars 1896 :

« Comme je vous l'ai déjà dit, la situation financière de M. Hegi est embarrassée; le dernier bilan accuse seulement un millier de francs d'actif net. Mme Hegi veut faire tout son possible pour sauver cette situation et je crois qu'elle y parviendra; seulement, pour cela, il faut un peu de patience de

la part des créanciers. Ne pourriez-vous pas accorder un délai, par exemple, jusqu'au mois prochain pour un acompte? Et au mois suivant pour un autre ou pour le solde? Sinon ce sera la faillite. »

Le 15 avril 1896 Schoop écrivit à Hegi:

« Vous n'avez jusqu'ici pris livraison que d'un seul wagon des quinze que vous avez achetés; comme le terme de livraison expire le 30 courant, je vous demande si vous désirez prendre livraison des quatorze wagons restants, contre bonne caution ou autre garantie, ou si vous préférez me bonifier la différence d'environ 3 francs par 100 kg., résultant du cours du jour, plus les frais de magasinage et l'intérêt. Les prix du maïs ont rapidement baissé; aujourd'hui 10 fr. 50 c. ou 10 fr. 75 c. est le plus haut prix pour le maïs avec odeur, comme celui que vous avez acheté, etc. »

Par lettre du 25 dit, Hegi répondit:

« Il n'a pas été convenu que je devrais vous fournir une caution pour des livraisons, chose que je ne puis et ne veux pas faire. Si vous voulez livrer aux conditions de vente, soit sans caution, répondez-moi par retour du courrier, afin que je puisse vous donner mes ordres, sinon je considère le marché comme annulé. »

Schoop répondit par lettre du 27 du même mois:

« Comme vous n'avez pas jusqu'ici payé ma traite protestée, et que vous vous êtes, au milieu de mars, déclaré insolvable au notaire Pidoux, je ne livrerai les quatorze wagons de maïs restants que moyennant garantie préalable. Si vous n'êtes pas en mesure de fournir cette garantie, je réclamerai des dommages-intérêts pour inexécution du contrat. »

Le 29 avril, Hegi envoya à Schoop un acompte de 500 fr., et il se déclara de nouveau prêt à tenir ses engagements, aux conditions du marché conclu entre parties.

Par lettre du 30 dit, l'avocat Christen, au nom de Schoop, fit savoir à Hegi qu'il était, et avait toujours été prêt à livrer les quatorze wagons, mais que lui, Hegi, était obligé de fournir une garantie pour le paiement; que la loi lui imposait cette obligation, vu qu'il avait laissé protester la traite, et

s'était déclaré insolvable vis-à-vis de Schoop, soit hors d'état de payer pour le moment; que dans ces circonstances Schoop ne pouvait être tenu à livrer quatorze wagons sans garantie; que Hegi ne s'étant à ce jour pas acquitté de ses obligations, Schoop était fondé à réclamer à titre de dommages-intérêts la différence entre le prix de vente et le cours du jour; que si jusqu'au samedi suivant (2 mai) au soir Hegi ne fournissait pas la sûreté exigée, et ne disposait pas de la marchandise, il serait considéré comme rompant le contrat, et Schoop l'actionnerait en paiement de la différence.

Par lettre du 1er mai 1896, Hegi confirma purement et simplement ses déclarations précédentes, et il les maintint aussi en présence d'une sommation par laquelle l'avocat Charles Secretan, en date du 2 juin suivant, tout en déclarant au nom de Schoop que celui-ci offrait toujours de livrer le maïs moyennant paiement comptant avec garantie, le mettait en demeure de lui payer immédiatement 4725 francs, à savoir 4200 francs pour dépréciation, 210 francs pour magasinage du 30 novembre 1895 au 30 avril 1896, et 315 francs pour intérêts de retard de cinq mois à 4 % sur 18 900 francs, plus les intérêts de retard au 6 % dès le 30 avril, à défaut de quoi Schoop serait obligé de mettre Hegi en poursuite pour la prédite somme de 4725 francs et intérêts.

Le 3 juin 1896, Hegi obtint du président du tribunal de Payerne un sursis concordataire expirant le 2 novembre suivant. Le concordat n'aboutit toutefois pas, et Hegi fut déclaré en faillite le 7 août suivant.

Schoop est intervenu, soit au sursis, soit dans la faillite pour la somme de 4725 francs et intérêts, mais, par lettre du 5 octobre 1896, l'administration de la faillite Hegi a avisé Schoop que son intervention était repoussée, attendu que Hegi avait voulu prendre livraison de la marchandise, conformément au contrat, et que Schoop avait refusé de livrer, et par conséquent de remplir ses engagements contractuels.

Dans le délai légal, Schoop a conclu, devant le président du tribunal du district de Payerne, à ce qu'il soit prononcé: 1° que la réponse à son intervention est admise, et 2° que

Schoop est, en conséquence, créancier de 4725 francs, avec intérêt au 5 % du 30 avril 1896.

Par jugement du 23/28 octobre 1896, le prédit magistrat a écarté les conclusions de Schoop, et le tribunal cantonal de Vaud, ensuite de recours du demandeur, et par arrêt du 1er décembre suivant, a maintenu le prononcé de première instance, par des motifs qui peuvent être résumés comme suit:

C'est, à la vérité, à bon droit que Schoop a invoqué le bénéfice de l'art. 96 CO., et a refusé de livrer le maïs jusqu'à ce que Hegi ait fourni une garantie préalable, attendu que dès le 1er mars 1896 Hegi a, en fait, suspendu ses paiements. Il n'a, en effet, point payé à l'échéance la traite tirée en paiement du wagon dont il avait pris livraison, mais il n'a pu l'acquitter que par trois acomptes; la lettre Pidoux, du 14 mars, prouve en outre que Hegi ne pouvait faire face à ses paiements. La masse défenderesse a admis, et il résulte d'ailleurs du dossier de la cause qu'au 30 avril 1896, Hegi était au-dessous de ses affaires, c'est-à-dire que son passif excédait son actif. Si Hegi a effectué divers paiements en mai, et même plus tard, il n'a en tout cas pas effectué tous ceux qu'il devait faire. Des demandes de faillite ont été formulées dès avant le 20 mai, et Hegi n'a échappé pour un temps à la faillite que grâce au sursis concordataire. Le 30 avril le premier wagon, livré depuis plusieurs mois, n'était pas encore payé, et le demandeur ne pouvait être contraint à continuer sans garanties la livraison de la marchandise. Hegi n'ayant pas fourni ces garanties dans le délai légal, le contrat s'est trouvé résilié aux termes de l'art. 96 CO. En revanche, Schoop n'a pas le droit de réclamer des dommages-intérêts en vertu de cette disposition légale, laquelle accorde uniquement au vendeur la faculté de ne pas livrer tant que les garanties ne sont pas fournies, le vendeur étant libre d'user ou de ne pas user de cette faculté. S'il en use, le contrat se trouve résilié, mais la loi ne lui accorde nullement le droit de demander en outre des dommages-intérêts à raison de l'inexécution du contrat causée par sa seule volonté. Les art. 110 et suiv., 122 et suiv. CO ne sont pas applicables en l'espèce. Les frais de magasinage et l'intérêt dès le 2 novembre 1895

sont des accessoires du prix de vente, et celle-ci n'ayant pas eu lieu du fait de Schoop, ce dernier ne peut pas davantage en réclamer le paiement que celui du principal.

C'est contre cet arrêt que Schoop a recouru en temps utile au Tribunal fédéral, concluant à ce qu'il lui plaise le réformer dans le sens de l'admission totale des conclusions de la demande, soit de la collocation en 5me classe du montant entier de son intervention.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1. — Les conditions auxquelles la loi sur l'organisation judiciaire fédérale subordonne le recours en réforme au Tribunal fédéral se trouvent réalisées dans l'espèce. En particulier, comme le Tribunal de céans l'a déjà déclaré, la valeur litigieuse est déterminée par le montant de la somme réclamée en demande, et non par celui du dividende probable que le demandeur aurait perçu ensuite de son intervention dans la faillite Hegi.

2. — Au fond, les parties sont d'accord sur les clauses, indiquées dans les faits du présent arrêt, du contrat de vente conclu entre elles. Il est de même incontesté que Hegi n'a pris livraison que d'un seul wagon du maïs à lui vendu, qu'il était prêt à accepter les quatorze autres wagons aux conditions du contrat, mais que le vendeur ayant subordonné cette livraison à la fourniture, par Hegi, d'une garantie préalable, celui-ci a refusé de la donner.

Le demandeur considère ce refus comme une rupture du contrat, laquelle l'autorise à réclamer de Hegi des dommages-intérêts pour non exécution de ses engagements. La question est donc de savoir si le demandeur était en droit d'exiger de Hegi la garantie en question, et, pour le cas où celui-ci refuserait de la fournir, de diriger contre lui de ce chef une action en dommages-intérêts.

3. — Il y a lieu de constater d'emblée que la mise en faillite de Hegi est sans importance aucune au regard de l'espèce actuelle. Le demandeur ne fonde point son action sur ce qu'ensuite de la faillite de Hegi et par le fait que la masse n'a pas assumé les obligations imposées au failli par le contrat de vente, la non-exécution de ce contrat de la part de

Hegi serait établie, et que par ce motif le demandeur serait autorisé à réclamer des dommages-intérêts. Bien au contraire, le demandeur base expressément son action sur le fait que déjà de par son refus de fournir la garantie à lui réclamée sous date des 15, 25 et 30 avril 1896, Hegi s'était soustrait intentionnellement à son obligation d'exécuter le contrat, ce qui autorise le demandeur à lui réclamer de ce chef des dommages-intérêts, à compter *dès le 30 avril 1896*, époque où l'inexécution du contrat a été constatée, tandis que la faillite de Hegi n'a été prononcée que le 7 août suivant.

La demande ne se fonde pas davantage sur la circonstance que Hegi n'a pas payé à l'échéance le prix du wagon de maïs dont il avait pris livraison, ce qui autoriserait le demandeur à résilier le contrat. Il est, à la vérité, établi que Hegi a laissé protester l'effet de change tiré sur lui de ce chef, et qu'il n'en a payé le montant et frais que par trois acomptes successifs, le dernier du 6/7 mai 1896. Si le demandeur, — ce qui ne résulte pas avec certitude du dossier, — n'était pas d'accord avec ce mode de paiement, il lui eût été sans doute loisible d'impartir à Hegi aux termes de l'art. 122 CO. un délai pour s'exécuter, tout en le prévenant que faute par lui de le faire, le contrat se trouvera résilié à l'expiration du délai.

Cette fixation de délai, qui eût été nécessaire pour autoriser le demandeur à résilier le contrat pour cause d'inexécution de la part de Hegi, n'a jamais eu lieu, et elle a été certainement omise intentionnellement par le sieur Schoop. Celui-ci a, il est vrai, relevé dans ses lettres des 27 et 30 avril la circonstance que Hegi n'avait pas payé le prix du wagon livré, le demandeur n'a toutefois invoqué ce fait qu'à l'appui de son droit d'exiger une garantie de son acheteur, pour le reste de la marchandise vendue. Ce n'est qu'en vue de la prestation de cette garantie qu'un délai fut imparti à ce dernier, et c'est à cette garantie seule que fut subordonnée la livraison du reste de la marchandise. Le demandeur ne considérait sans doute pas alors le prix échu de la dite marchandise comme compromis, mais il pensait que Hegi le paierait dans le délai fixé; en revanche, Schoop considérait le paiement par Hegi du prix du reste du maïs comme fort pro-

blématique, et il ne voulait pas livrer les quatorze wagons restants sans obtenir une garantie préalable suffisante.

4. — Le demandeur se prétend au bénéfice du droit d'exiger une pareille garantie, et de faire dépendre de la prestation de celle-ci l'exécution du contrat de vente, et, en second lieu, pour le cas où cette question devrait être résolue affirmativement, il s'estime autorisé, en se fondant sur la non-prestation de la caution, à réclamer de Hegi des dommages-intérêts pour cause d'inexécution du contrat, — ce à teneur de l'art. 96 CO., lequel dispose que « si l'une des parties est déclarée en faillite ou suspend ses paiements, l'autre partie peut se refuser à l'exécution jusqu'à ce qu'une garantie lui ait été fournie pour l'exécution de l'obligation contractée à son profit. »

5. — Comme Hegi, ainsi qu'il a été dit, n'était pas encore tombé en faillite à la date du 30 avril, il y a lieu de se demander si, à cette date, il avait suspendu ses paiements.

La notion de la suspension de paiement ne se trouve définie ni dans le Code fédéral des obligations, où il en est question dans plusieurs articles, ni dans la loi fédérale sur les poursuites et la faillite, dont l'art. 190 dispose que la faillite peut être requise sans poursuite préalable, si le débiteur poursuivi a suspendu ses paiements. Weber et Brüstlein, dans leur Commentaire sur la dite loi, disent, à ce propos, que dans chaque cas particulier c'est le juge qui doit apprécier ce qu'il y a lieu de considérer comme suspension de paiements; que, d'une manière générale, on peut dire que le fait du non-paiement d'une dette échue ne suffit pas encore à cet effet, mais que le défaut de paiement doit s'être produit dans des circonstances telles qu'il est permis d'en conclure que le débiteur se trouve, non point seulement dans un embarras financier momentané, mais dans l'incapacité durable de faire face à ses engagements.

Or il est hors de doute que soit l'art. 190 chiffre 2 LP., soit le Code des obligations, dans celles de ses dispositions qui attachent certaines conséquences juridiques à la suspension de paiements d'une personne, considèrent cette suspension comme la manifestation de l'insolvabilité.

La notion de la suspension de paiements ne doit donc pas être comprise dans le sens étroit, d'après laquelle elle supposerait une suspension générale de tous les paiements, de manière qu'il n'y aurait lieu de l'admettre qu'à partir du moment où aucun paiement de quelque importance n'a plus été fait. Une suspension de paiements dans le sens de l'art. 96 CO. existe bien plutôt, — alors même que seulement quelques paiements échus n'auraient pas été effectués, — dès le moment où le non-paiement apparaît comme résultant d'une insolvabilité durable, ayant elle-même sa source dans la situation de fortune du débiteur, et ce alors même que cette insolvabilité ne serait pas visible à chacun et qu'elle ne se serait révélée qu'à l'égard de celui qui invoque la disposition de l'art. 96 précité. Une autre appréciation serait contraire au sens et au but de cet article, dont l'intention est manifestement qu'en matière de contrats bilatéraux, dans lesquels une partie doit exécuter sa prestation avant l'autre, la première ne peut être tenue à cette exécution sans garantie, alors que cette autre partie se trouve en déconfiture et vraisemblablement hors d'état de remplir ses obligations contractuelles.

6. — En partant de ce qui précède, il y a lieu d'admettre, avec l'instance cantonale, que Hegi avait suspendu ses paiements dès avant le 30 avril 1896, et de renvoyer, sur ce point, aux considérants du jugement cantonal. Il faut considérer à cet égard comme décisive la circonstance que Hegi n'était pas en mesure de payer à l'échéance le prix du wagon de maïs dont il avait pris livraison, et que cette omission de paiement était le résultat, non pas seulement d'une gêne momentanée, mais d'une situation financière tout à fait compromise, qui réclamait déjà, en vue d'éviter une faillite immédiate, l'appui de dame Hegi et un sursis de la part du créancier (voir lettre du notaire Pidoux du 14 mars 1896, dans les faits du présent arrêt); et, en effet, si le sursis concordataire n'avait pas été accordé à Hegi, celui-ci aurait dû être déclaré en faillite longtemps avant le 7 août, attendu que, comme l'instance cantonale le constate en fait, il se trouvait au-dessous de ses affaires dès avant le 30 avril précédent.

Le demandeur était dès lors en droit de subordonner la

livraison des quatorze wagons restants à la fourniture, par Hegi, d'une garantie préalable pour le paiement du prix de cette marchandise, et de suspendre toute livraison ultérieure, aussi longtemps que cette sûreté ne serait pas donnée.

7. — Bien que Hegi ait suspendu ses paiements à la fin d'avril 1896, les fins de la demande n'en doivent pas moins être repoussées. Les parties admettent l'une et l'autre que Hegi n'était pas tenu à la garantie de par la teneur du contrat. Le demandeur fait découler cette obligation uniquement de l'art. 96 précité CO., mais ce tout à fait à tort. Cette disposition légale n'impose nullement à la partie qui est déclarée en faillite, ou suspend ses paiements, *l'obligation* de fournir une garantie pour l'exécution de ses engagements, mais elle se borne à conférer à l'autre partie le droit, soit la faculté, de se refuser à ses prestations contractuelles jusqu'à ce que des sûretés lui aient été données par la partie cocontractante. L'art. 96 a pour but de protéger la partie qui doit faire crédit à l'autre ensuite du contrat, en l'autorisant à opposer à l'action de celle-ci en exécution du dit contrat, l'exception tirée de la suspension de paiements, aussi longtemps que des garanties suffisantes et préalables n'ont point été fournies.

L'art. 96 ne va pas plus loin; en particulier il n'accorde point un droit d'action par laquelle l'une des parties pourrait contraindre juridiquement celle qui a suspendu ses paiements à lui fournir la garantie en question. Il suit de là que la partie devenue insolvable ne saurait, par le seul fait qu'elle ne fournit point la dite garantie, être envisagée comme ayant omis de remplir une obligation lui incombant, et comme ayant par là même rompu le contrat.

8. — Bien que l'art. 96 précité ne confère à la partie qui doit faire crédit à l'autre que le droit de suspendre (zurückhalten) sa prestation, et non celui de résilier le contrat, il ne s'ensuit pas qu'elle doive être liée indéfiniment par le dit contrat, et qu'elle soit tenue d'attendre, pendant un temps illimité, que la garantie dont il s'agit lui soit fournie. Il y a lieu, bien plutôt, de lui reconnaître le droit, dans le cas où cette sûreté ne lui serait pas donnée dans un délai convenable, de se désister du contrat, et, dans l'espèce, le deman-

deur l'a résilié en fait au plus tard au moment où il a formé sa demande en dommages-intérêts. Mais cette considération est sans influence aucune sur la question du droit à réclamer ou de l'obligation à payer des dommages-intérêts. En effet, l'art 124 CO., ainsi que cela résulte clairement de sa teneur et en particulier de la circonstance qu'il renvoie aux art. 122 et 123 *ibidem*, n'est applicable que dans le cas où une partie est en retard dans l'accomplissement d'une *obligation*, et où l'autre partie s'est désistée du contrat par ce motif; or rien de semblable n'existe en l'espèce, attendu que, comme il a été déjà dit, l'art. 96 n'impose aucune obligation de fournir une garantie, mais qu'il confère seulement un droit de suspendre l'exécution du contrat, jusqu'à ce que la dite garantie ait été donnée.

9. — Dans son recours au tribunal cantonal, le demandeur impute à faute à Hegi d'avoir conclu le contrat du 12 novembre 1895 sans avoir informé son cocontractant de l'état de gêne financière où il se trouvait déjà alors. Ce point de vue a été toutefois abandonné aujourd'hui et il est superflu dès lors de l'examiner ultérieurement. Il apparaîtrait d'ailleurs comme dénué de tout fondement; une réclamation en dommages-intérêts de ce chef ne pourrait se justifier que si Hegi s'était rendu coupable d'actes frauduleux vis-à-vis du demandeur, actes qui autoriseraient ce dernier à répudier son obligation aux termes de l'art. 24 CO.; mais le dossier de la cause ne révèle aucunement l'existence de tels actes. Il n'existe, d'une manière générale, aucune obligation pour l'acheteur de renseigner le vendeur sur sa situation de fortune, et il n'est pas davantage établi que lors de la conclusion du contrat en question, Hegi ait agi dolosivement; son attitude ultérieure démontre au contraire l'absence d'une telle intention frauduleuse, puisqu'il a payé intégralement le seul wagon de maïs dont il a pris livraison effective, et que, s'il n'a pas pris livraison du reste, c'est très probablement par le motif qu'au printemps de 1896 il doutait de pouvoir le payer, et qu'il ne voulait pas causer un préjudice au demandeur.

10. — Il suit de tout ce qui précède qu'on ne peut imputer à Hegi aucune rupture du contrat, qui pourrait justifier l'allocation de dommages-intérêts au demandeur, et que les conclusions de la demande doivent dès lors être repoussées dans leur ensemble. C'est d'ailleurs à ce point de vue que s'est placé le demandeur lui-même dans son recours au tribunal cantonal, et il n'a pas invoqué d'arguments spéciaux en faveur de l'adjudication de sa conclusion relative aux frais de magasinage et aux intérêts moratoires. Il est évident que le paiement de ces frais accessoires ne pourrait être réclamé à aucun autre titre qu'à l'occasion de l'action proprement dite en exécution du contrat, ou avec la demande de dommages-intérêts pour la non-exécution de celui-ci. Or la première de ces actions n'existe pas en l'espèce, puisque, d'une part, c'est le demandeur lui-même qui s'est refusé à exécuter la livraison conformément aux conditions du contrat, et que, d'autre part, la demande de dommages-intérêts est dénuée de fondement, ainsi qu'il vient d'être démontré.

L'obligation de Hegi de payer des frais de magasinage et les intérêts de retard à partir du 30 novembre 1895, apparaît d'ailleurs, aux termes mêmes du contrat, non point point comme indépendante de l'existence du contrat de vente, mais comme une obligation accessoire, dont le sort est lié à celui de l'obligation principale touchant la prise de livraison et le paiement du prix de vente. Les conclusions du demandeur relatives à cette obligation principale devant être repoussées, il s'ensuit que les conclusions accessoires susmentionnées tombent du même coup.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est écarté, et l'arrêt rendu entre parties par le tribunal cantonal de Vaud, le 1er décembre 1896, est maintenu tant au fond que sur les dépens.

34. Urteil vom 23. Januar 1897 in Sachen Borner & Cie. gegen Wenger.

A. Durch Urteil vom 30. Oktober 1896 hat das Obergericht des Kantons Basellandschaft erkannt:

Das Urteil des Bezirksgerichtes Arlesheim vom 21. Juli 1896, lautend: „Die widerbeklagte Partei wird unter Abrechnung der von der Widerklagpartei anerkannten 874 Fr. 50 Cts. zur Bezahlung von 725 Fr. 50 Cts. an den Widerkläger verfällt.

B. Gegen dieses Urteil haben beide Parteien die Berufung an das Bundesgericht ergriffen. Der Anwalt der Kläger und Widerbeklagten stellte in seiner Berufungserklärung den Antrag, es sei unter Aufhebung des von der kantonalen Instanz erlassenen Urteils die widerklägerische Forderung gänzlich abzuweisen, und sei der Beklagte und Widerkläger zur Zahlung von 874 Fr. 50 Cts. an die Klagpartei zu verfällen. Dieser Berufungserklärung ist eine begründende Rechtsschrift beigelegt worden. Die dem Obergericht am 1. Dezember 1896 eingereichte Berufungserklärung des Anwaltes des Beklagten und Widerklägers enthält keine Abänderungsanträge. In einer am 17. Dezember dem Obergericht eingereichten Eingabe, betitelt: „Berufung an das hohe schweizerische Bundesgericht in Sachen Borner & Cie., Maschinenfabrik in Rorschach von Wenger, Ignaz, Ziegler in Reinach," wird sodann das Rechtsbegehren gestellt, das am 27. November 1896 dem Beklagten gegenüber publizierte Urteil des h. Obergerichts von Baselland vom 30. Oktober 1896 solle dahin abgeändert werden, daß die Kläger und Widerbeklagten verurteilt werden, dem Beklagten und Widerkläger eine Entschädigung zu bezahlen im Betrage von 3000 Fr. nebst Zins seit erstinstanzlichem Urteil vom 21. Juli 1896 à 5 %. Diese Eingabe enthält im weitern die Begründung dieses Antrages; sie trägt aber keine Unterschrift.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Nachdem die Parteien seit Frühjahr 1893 in Unterhandlung gestanden hatten betreffend Lieferung einer Ziegelmaschine samt Zuthaten, kam zwischen denselben am 30. November gleichen Jahres ein Kaufvertrag zu Stande, gemäß welchem der Beklagte

und Widerkläger, J. G. Wenger, Inhaber einer mechanischen Ziegelei in Reinach (Baselland), von den Klägern und Widerbeklagten, Borner & Cie. Maschinenfabrik und Gießerei in Rorschach, eine Ziegelmaschine, ein Halblokomobil, Ofengarnituren, eine Transmission u. s. w. kaufte. In der Vertragsurkunde ist bemerkt, der Besteller anerkenne durch diesen Vertrag die im bezüglichen Katalog der Gießerei Rorschach vorgeschriebenen Lieferungs-, Montage- und Garantiebedingungen als beidseitig gültig und rechtsverbindlich. Der Katalog enthält unter dem Titel „Lieferungs-Vertragsbedingungen" folgende Bestimmung über „Garantie": „Für alle gelieferten Maschinen leisten 1 Jahr Garantie, von Inbetriebsetzung an gerechnet, und zwar in der Weise, daß wir alle Teile, welche in dieser Zeit in Folge schlechter Arbeit, fehlerhafter Konstruktion oder fehlerhaftem Material untauglich werden sollten, sofort unentgeltlich ersetzen. Sollte eine Maschine nachweisbar untauglich sein oder versprochenen Anforderungen nicht entsprechen, so nehmen solche zurück. Eine Entschädigung irgendwie, welche aus Stillstand während der Reparatur oder daher abgeleitet werden könnte, daß eine Maschine der Garantie nicht entspreche ꝛc. leisten auf keinen Fall." Im März 1894 sollte die Montierung der Maschinen erfolgen, und die Kläger und Widerbeklagten sandten zu diesem Zwecke ihre Monteure nach Reinach. Allein es gelang nicht, einen befriedigenden Betrieb zu erzielen. Nach der Behauptung des Widerklägers und den Aussagen mehrerer Zeugen, entwickelte das Lokomobil zu wenig Kraft, um die Maschine in Betrieb zu setzen. Trotz vielfacher Versuche ergaben sich fortwährend Schwierigkeiten. Die gewünschte Anzahl der Ziegel kam nicht heraus, auch nicht immer die gewünschte Qualität. In der Korrespondenz, welche hierüber zwischen den Parteien geführt wurde, anerkannten die Kläger und Widerbeklagten, daß das Lokomobil für die Zwecke des Beklagten zu schwach sei; sie nahmen dasselbe, wie es scheint, Ende 1894, oder Anfangs 1895 zurück. Am 20. April 1895 belangten sie den Beklagten auf Bezahlung eines Rechnungssaldos von 999 Fr. 05 Cts. Über diese Forderung verständigten sich die Parteien im Laufe des Prozesses in der Weise, daß Kläger dieselbe auf 874 Fr. 50 Cts. reduzierten, in welchem Betrage sie vom Beklagten anerkannt wurde. Dagegen erhob der Beklagte

eine Widerklage auf Bezahlung einer Entschädigung im Betrage von 3000 Fr. Zur Begründung dieser Widerklage führte er aus: Es habe sich herausgestellt, daß das Lokomobil nicht (wie von den Klägern zugesichert worden sei) genügend Kraft habe entwickeln können, und Kläger sei daher genötigt gewesen, dasselbe nach wenigen Monaten wieder zurückzunehmen. Die Montagearbeiten haben vom 13. März bis 5. September 1894 gedauert, während die Kläger in ihrem Briefe vom 21. April 1893 erklärt hätten, die Montage solle in 3—4 Tagen fertig sein. Da die Montage so lange gedauert, und die Dampfmaschine bei weitem nicht die genügende Kraft zum Betriebe der Ziegelpresse geliefert habe, sei nicht das geleistet worden, was Kläger brieflich und durch Katalog versprochen hätten. Gerade die gangbarste Sorte (Querbacksteine), welche aber am meisten Kraft erforderte, habe die Dampfmaschine jeweilen zum Stehen gebracht. In Anbetracht, daß 300,000 Backsteine nicht, bezw. weniger haben gemacht werden können, als versprochen worden sei, erscheine die Schadenersatzklage als begründet. Beide kantonalen Instanzen haben die Schadenersatzpflicht der Kläger und Widerbeklagten grundsätzlich bejaht. Die zweite Instanz führt hierüber im Wesentlichen aus: Das dem Beklagten und Widerkläger gelieferte Lokomobil sei nicht aus der Fabrik der Kläger und Widerbeklagten hervorgegangen, sondern von denselben gelegentlich von der Maschinenfabrik Winterthur erworben worden. Aus der Korrespondenz, welche die Widerbeklagten mit dem Widerkläger hinsichtlich dieses Lokomobils geführt haben, gehe deutlich hervor, daß die Widerbeklagten dem Widerkläger vor Lieferung und Abschluß des Kaufes die weitgehendste Garantie für die Leistungsfähigkeit desselben zugesichert haben. Nach ihren eigenen Ausführungen haben sie versprochen, dem Widerkläger ein Lokomobil zu stellen, mit dem er im Stande sein sollte, per Stunde 700 Stück Ziegel anzufertigen. Daß jedoch die Leistungsfähigkeit des gelieferten Lokomobils weit hinter den Zusicherungen zurückgestanden sei, werde nicht bestritten; auch stehe fest, daß Widerbeklagte es unterlassen haben, vor Lieferung des Lokomobils mit dem verlangten, und vom Widerkläger zugeschickten Lehm Proben vorzunehmen, ein Fehler, der offenbar nicht zum Nachteil des Widerklägers, sondern der Widerbeklagten ge-

reichen müsse. Im Vertrage vom 30. November 1893 sei nun allerdings auf die im Katalog angeführten Bedingungen hingewiesen, und seien dieselben vom Widerkläger als rechtsverbindlich anerkannt worden. Jene Bedingungen beziehen sich aber nur auf die im Katalog aufgezeichneten, in der eigenen Fabrik der Widerbeklagten erstellten Maschinen, wie Ziegelmaschinen, Vorsatzplatten, Steinpressen, Transmissionen, und nicht auch auf solche, welche nicht aus der eigenen Fabrik stammen, sondern aus dritter Hand, wie dies im vorliegenden Falle geschehen sei. Daß die Widerbeklagten die Auffassung und auch das Gefühl gehabt haben, für das abgegebene Versprechen aufkommen zu müssen, sei von ihnen am deutlichsten durch die vielen und lange andauernden Anstrengungen dokumentiert worden, die sie aufgewendet haben, um das Lokomobil in betriebsfähigen und den zugesicherten Leistungen entsprechenden Zustand zu setzen. Diese Umstände zusammengehalten, rechtfertige es sich, die Widerbeklagten für den dem Widerkläger entstandenen bedeutenden Schaden prinzipiell haftbar zu erklären. Das Maß des Schadens wurde nach freiem richterlichen Ermessen auf 1600 Fr. festgesetzt und die widerbeklagte Partei demnach verurteilt, nach Abrechnung ihrer anerkannten Forderung von 874 Fr. 50 Cts. noch 725 Fr. 50 Cts. an den Widerkläger herauszubezahlen.

2. In erster Linie, und zwar von Amtes wegen ist zu prüfen, ob die Berufung statthaft und ob sie in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt sei. Was nun die Statthaftigkeit der Berufung, d. h. die materiellen Voraussetzungen derselben anbetrifft, so sind diese unzweifelhaft vorhanden, indem der gesetzliche Streitwert erreicht wird, und die Streitsache nach eidgenössischem Rechte zu beurteilen ist. Die Berufungsfrist sodann ist von beiden Berufungsklägern eingehalten worden; dagegen genügt zwar die Berufungserklärung der Kläger und Widerbeklagten, nicht aber diejenige des Beklagten und Widerklägers der gesetzlichen Form, indem die letztere die in Art. 67, Abs. 2, O.-G. vorgeschriebenen Abänderungsanträge nicht enthält. Wie das Bundesgericht in konstanter Praxis ausgesprochen hat, zieht dieser Mangel die Unwirksamkeit der Berufung nach sich (A. S. der bg. Entsch. XX, S. 387 und 394, E. 2; XXI, S. 432 und S. 651, E. 2). Die Eingabe

vom 17. Dezember, welche noch innerhalb der Berufungsfrist eingereicht wurde, enthält dann allerdings die Abänderungsanträge des Beklagten und Widerklägers; allein diese Eingabe ist nicht unterzeichnet und kann deshalb nicht berücksichtigt werden. Die Berufung des Beklagten und Widerklägers ist somit, da sie nicht in der gesetzlichen Form eingelegt wurde, verwirkt.

3. In der Sache selbst handelt es sich nur noch um die Widerklage, deren gänzliche Abweisung von den Klägern und Widerbeklagten verlangt wird. Mit derselben verlangt Widerkläger von den Widerbeklagten Ersatz des Schadens, welcher ihm nach seiner Behauptung durch die Lieferung fehlerhafter Ware, nämlich eines den zugesicherten Eigenschaften nicht entsprechenden Lokomobils, verursacht worden ist. Frägt es sich, ob diese Klage grundsätzlich begründet sei, so ist zu bemerken: Nach Art. 243, O.-R. hat der Verkäufer dem Käufer sowohl für die zugesicherten Eigenschaften, als auch dafür Gewähr zu leisten, daß die Kaufsache nicht solche Mängel habe, welche ihren Wert oder ihre Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder erheblich mindern. Die Gewährspflicht kann jedoch durch vertragliche Vereinbarung gültig ausgeschlossen oder beschränkt werden, sofern der Verkäufer dem Käufer die Gewährsmängel nicht arglistig verschwiegen hat. Im vorliegenden Falle ist nun die Gewährspflicht, die der Widerkläger dem Widerbeklagten gegenüber geltend macht, im Kaufvertrage ausdrücklich wegbedungen worden, indem die in dem Katalog der Widerbeklagten enthaltenen gedruckten Lieferungsbedingungen im Vertrage vom 30. November 1893 von den Parteien als beidseitig gültig und rechtsverbindlich anerkannt worden sind, in welchem die Widerbeklagten erklären, sie leisten auf keinen Fall eine Entschädigung, welche aus Stillstand während der Reparatur, oder daher abgeleitet werden könnte, daß eine Maschine der Garantie nicht entspreche. Der Widerkläger hat zwar behauptet, den Katalog, welcher diese Bedingungen enthält, nicht erhalten zu haben, allein in dem Briefe der Widerbeklagten vom 28. Februar 1893 wird der fragliche Katalog als Beilage aufgezählt, und der Widerkläger hat auf denselben geantwortet, ohne eine Reklamation zu erheben. Auf die Ausführung in der Triplik, mit welcher die Widerbeklagten diese Thatsache konstatierten, hat der Widerkläger in

der Quadruplik seine Behauptung sodann nicht mehr festgehalten, und die Vorinstanz stellt denn auch thatsächlich fest, daß er den Katalog wirklich erhalten habe. Unrichtig ist die Annahme der Vorinstanz, daß die Wegbedingung der Gewährspflicht sich nur auf die im Geschäft der Widerbeklagten fabrizierten Maschinen beziehe; eine solche Einschränkung enthalten die im Katalog aufgeführten Lieferungsbedingungen nicht; wenn daher die Parteien beim Abschlusse des Vertrages vom 30. November 1893 jene Bedingungen vorbehaltlos als beidseitig verbindlichen Vertragsinhalt bezeichnet haben, so müssen dieselben für alle Kaufsgegenstände gelten, gleichviel, ob es sich um eigene Fabrikate der Widerbeklagten, oder um fremde handle, also auch für das Lokomobil, welches die Widerbeklagten nicht selbst erstellt, sondern aus der Maschinenfabrik Winterthur bezogen hatten.

4. Ist aber die Haftbarkeit für Schaden, welche der Widerkläger mit seiner Widerklage geltend macht, vertraglich wegbedungen worden, so ist dieser Klage das Fundament entzogen, sofern die Wegbedingung der Haftbarkeit nicht als ungültig erklärt werden muß. Letzteres könnte nach Art. 244 O.-R. nur dann der Fall sein, wenn Widerbeklagte dem Widerkläger die Gewährsmängel arglistig verschwiegen hätten, allein hiervon ist keine Rede. In der Rekursantwort hat Widerkläger allerdings behauptet, die Mängel seien vor Vertragsabschluß arglistig verschwiegen worden, und Widerbeklagte haben überdies den Widerkläger nach Ablieferung der Maschine durch die langwierigen Proben arglistig getäuscht. Auf diese Basis ist jedoch die Widerklage vor den kantonalen Gerichten gar nicht gestellt worden, und es ist deshalb die Einrede der Arglist in der bundesgerichtlichen Instanz nicht mehr zu hören. Diese Einrede wäre übrigens auch materiell durchaus unbegründet, da die vorliegenden Akten keinen Anhaltspunkt dafür bieten, daß die Widerbeklagten den Widerkläger über die Eigenschaften der streitigen Maschine getäuscht haben. Die Thatsache allein, daß die Erwartungen, welche die Widerbeklagten beim Widerkläger über die Leistungsfähigkeit der Maschine erweckten, sich nicht erfüllt haben, genügt selbstverständlich nicht zu der Annahme einer absichtlichen Täuschung; wie es anderseits auch offenbar rechtsirrtümlich ist, wenn die Vorinstanz ausführt, die Wider-

beklagten hätten ihr Schuldbewußtsein dadurch selbst kund gegeben, daß sie sich mehrere Monate hindurch bemühten, die Kraft des Lokomobils zu erhöhen. Die Widerklage muß hienach, dem Antrag der Widerbeklagten gemäß, abgewiesen werden, und es könnte somit von Gutheißung der Berufung des Widerklägers, abgesehen von ihrem formellen Mangel, auch aus materiellen Gründen keine Rede sein.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

1. Auf die Berufung des Beklagten und Widerklägers wird nicht eingetreten.

2. Die Berufung der Kläger und Widerbeklagten wird als begründet erklärt und die Widerklage abgewiesen.

---

35. Urteil vom 30. Januar 1897 in Sachen Furrer gegen Müller und Schoch, Gruban & Cie.

A. Durch Urteil vom 30. November 1896 hat das Handelsgericht des Kantons Aargau erkannt: J. Furrer wird mit seiner Klage abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat der Kläger die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Antrag, es sei ihm sein ganzer Klageschluß zuzusprechen. In der heutigen Hauptverhandlung erneuert der Anwalt des Klägers diesen Antrag. Der Anwalt der Beklagten trägt auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. J. Gruban aus Schweinitz (Preußen) war Reisender eines Geschäftes für Holzbearbeitungsmaschinen in Leipzig gewesen, und trug sich mit dem Gedanken, ein eigenes Konkurrenzgeschäft in der Schweiz zu gründen, welches Vorhaben er dem ihm bekannten Kläger mitteilte. Auf Empfehlung des Klägers hin associerte er sich im Dezember 1894 mit Georg Schoch, welcher in Wülflingen eine Maschinenfabrik betrieb. Zu Beginn des Jahres 1895

wurde sodann zwischen Schoch und Gruban einerseits, als unbeschränkt haftenden Gesellschaftern, und Johann Weber und Alfred Müller in Brugg andrerseits, als Kommanditären, zum Zwecke der Maschinenfabrikation ein Gesellschaftsvertrag abgeschlossen, laut welchem Schoch und Gruban eine Einlage von je 50,000 Fr., Weber eine solche vom gleichen Betrage und Müller eine Einlage von 25,000 Fr. zu leisten hatten. Die Gesellschaft wurde unter der Firma Schoch, Gruban & Cie., mit Sitz in Wülflingen und Brugg, im Handelsregister eingetragen. Weber und Müller haben ihre Einlagen im ganzen Umfange geleistet. Schoch gab als Einlage den Nettoerlös seiner an die Gesellschaft verkauften Fabrik in Wülflingen mit 35,000 Fr. und ließ sich außerdem noch 15,000 Fr. als Einlage buchen, von denen sich später jedoch herausstellte, daß sie nicht eine wahre Einlage, sondern von der Volksbank Winterthur der Firma als Darlehn belastet worden waren. Gruban hat im Ganzen 14,000 Fr. eingelegt, nämlich am 12. Januar 1895 Fr. 4000 und am 15. April gleichen Jahres 10,000 Fr. Die 4000 Fr. wurden baar einbezahlt und waren dem Gruban vom Kläger geliehen worden. Die 10,000 Fr. bestanden in einem Chek auf die Bank in Winterthur an die Ordre des Klägers. Kläger hat denselben am 9. April 1895 an die Ordre des Gruban übertragen, und dieser hat ihn dann an die Firma indossiert, worauf er von letzterer eingelöst wurde. Die beiden Summen von 4000 Fr. und 10,000 Fr. sind in dem Hauptbuch der Firma als Einlagen des Gruban gebucht. Am 10. April 1895 stellten die aktiven Gesellschafter Schoch und Gruban dem Kläger folgende mit der Firma Schoch, Gruban & Cie. signierte Verpflichtung aus: „Wir bestätigen Ihnen hier„durch, daß wir für den Herrn Gruban gegebenen Betrag von „14,000 Fr. (vierzehntausend Franken), welche auf dessen Conto „als seine Einlage figurieren, in vollem Umfange haftbar sind. „Das Geschäft, als solches, verzinst Ihnen diesen Betrag mit „fünf Prozent, Zinsen zahlbar halbjährlich postnumerando. „Ferner erhalten Sie, wie unsere Kommanditäre, fünf bis acht „Prozent vom Reingewinn; wir garantieren Ihnen jedoch einen „Gewinnanteil, welcher wenigstens fünf Prozent von dem obigen „Betrag von 14,000 Fr. ausmacht.

„Es steht Ihnen frei, den Zeitpunkt zu bestimmen, wo die „Umschreibung dieses Betrages in eine Kommandit-Einlage statt„findet und zwar auf der Basis, wie bei den andern Komman„ditären Weber und Müller.

„Falls Sie vor Eintreten in ein Kommanditär-Verhältniß „noch weitere Einzahlungen leisten, so kommen für diese gleiche „Verzinsung und gleicher Gewinn-Anteil wie bei den ersten „14,000 Fr. zur Anwendung."

Da sich der Geschäftsgang der Firma und das Verhältniß unter den Gesellschaftern ungünstig gestalteten, trat die Gesellschaft schon am 22. Oktober 1895 in Liquidation. Mittelst Zahlungsbefehls vom 20. Januar 1896 forderte Kläger an Schoch, Gruban & Cie. in Liquidation 4000 Fr. sammt Zins zu 5 % seit 10. Januar 1895 und 10,000 Fr. nebst Zins zu 5 % seit 10. April 1895; der Zahlungsbefehl gibt als Grund der Forderung an: „Darlehn vom 10. Januar und 10. April 1895 „sowie schriftliche Schuldanerkennung vom 10. April 1895." Nachdem Kläger im Rechtsöffnungsverfahren abgewiesen worden war, machte er die Forderung gegen die beklagte Firma beim Handelsgericht des Kantons Aargau geltend; er brachte zur Begründung derselben im wesentlichen vor: Im Jahre 1894 habe ihn Gruban ersucht, ihm behufs Beschaffung seiner Geschäftseinlage finanziell behülflich zu sein, und Kläger habe geglaubt, dies um so unbedenklicher thun zu dürfen, als Gruban ihm vorgegeben habe, er besitze noch ein Guthaben von 5000 Mark an seinem frühern Prinzipal in Leipzig, und werde von seinem Bruder oder Schwager wenigstens 20,000 Mark erhalten. Am 10. Januar 1895 habe Kläger dem Gruban baare 4000 Fr. gegeben, die sofort in dem Nutzen der beklagten Firma verwendet worden seien. Nachher habe Gruban vom Kläger weitere 10,000 Fr. gewünscht, und Schoch habe sich einverstanden erklärt, daß Kläger sie gebe. Kläger habe jedoch erklärt, die 10,000 Fr. nur unter der Bedingung zu geben, daß die Firma sich ihm für alle 14,000 Fr. sammt 5 % Zins haftbar erkläre. Schoch und Gruban seien einverstanden gewesen, Kläger habe die 10,000 Fr. gegeben, die auch für die Firma verwendet worden seien, und habe von der Firma Schoch, Gruban & Cie., d. h.

von den beiden haftbaren und unterschriftberechtigten Associés die Verpflichtung vom 10. April 1895 erhalten. Nach dieser Urkunde seien die 14,000 Fr. zwar als Geschäftseinlage Grubans gebucht, allein es gehe aus derselben hervor, daß die Firma sich dafür sammt Zins zu 5 % haftbar erklärt habe. Das Handelsgericht des Kantons Aargau hat die Klage, entsprechend dem Antrag der Beklagten, gänzlich abgewiesen, indem es im wesentlichen ausführte: Die Behauptung des Klägers, daß er das Darlehn von 10,000 Fr. an Gruban nur unter der Bedingung einer Schuldübernahme seitens der Firma gegeben habe, finde in den Akten keine Bestätigung. Gegenteils müsse insbesondere aus den Feststellungen, wie sie in der gegen Schoch und Gruban wegen Betrugs eingeleiteten Untersuchung gemacht worden seien geschlossen werden, daß Kläger an den verschiedenen Konferenzen, die vor und bei der Gründung der Firma unter den Gesellschaftern stattfanden, die bedingungslose Zusicherung gegeben habe, dem Gruban Geldunterstützung gewähren zu wollen, damit dieser seine vertragliche Einlage leisten könne. Gruban sage in der Untersuchung des bestimmtesten aus, Kläger habe in den Konferenzen bezüglich der 14,000 Fr. erklärt, daß er sie ihm, dem Gruban, gebe, und die Firma nicht dafür haften solle. Er, Gruban, habe den Betrag nie anders, denn als seine persönliche Einlage aufgefaßt. Zu verweisen sei auch auf die Aussage des Buchhalters Groß, daß Kläger dem Gruban persönlich die 14,000 Fr. geliehen habe, und nicht der Firma. Durch die von den beiden Kollektivgesellschaftern am 10. April 1895 Namens der Firma eingegangene Schuldübernahme sei die Firma nicht verpflichtet worden. Es habe sich in concreto nicht schlechthin um die Übernahme einer Privatschuld Grubans durch die Gesellschaft gehandelt, sondern die Abmachung vom 10. April 1895 habe ihrem eigentlichen Inhalt nach die Umwandlung der Einlage eines Gesellschafters, für welche dieser persönlich und ausschließlich seinem Darlehnsgeber gehaftet habe, in eine Schuld der Gesellschaft gegenüber dem Darlehnsgeber bedeutet. Eine solche Umwandlung der von einem Gesellschafter zu leistenden Einlage in eine Gesellschaftsschuld erscheine durch den Zweck der Gesellschaft als geradezu ausgeschlossen, und vermöge daher für die Gesell-

schaft keinerlei rechtliche Verpflichtung zu begründen. Wollte indessen auch angenommen werden, daß die Übernahme jener Verpflichtung durch den Zweck der Gesellschaft nicht ausgeschlossen gewesen sei, so falle dagegen in Betracht, daß Kläger sich bei dem Zustandekommen der Verpflichtung in bösem Glauben befunden habe. Durch die Aussagen Schochs und Grubans, und übrigens auch durch die eigenen Angaben des Klägers in der genannten Strafuntersuchung, sei erstellt, daß Kläger bei der Gründung der Gesellschaft in hervorragender Weise mitgewirkt, den verschiedenen Konferenzen beigewohnt, sich insbesondere um die Beschaffung der erforderlichen finanziellen Grundlage interessiert und überhaupt die leitende Rolle übernommen habe. Auch späterhin habe er sich wiederholt Einblick in den Geschäftsgang der Firma verschafft, und Einsicht von den Büchern ꝛc. genommen, so daß er ohne Zweifel die Verhältnisse der Gesellschaft sowohl, als der einzelnen Gesellschafter, insbesondere Grubans, genau gekannt habe. In den Konferenzen habe er stets in Aussicht gestellt, daß er Gruban finanziell unterstützen werde, damit dieser seine Einiage leisten könne, und er sei sich auch, wie aus dem Wortlaut der Verpflichtung vom 10. April 1895 und aus seinen eigenen Angaben hervorgehe, vollständig darüber klar gewesen, daß die 14,000 Fr., welche er Gruban geliehen, als Einlage des letztern im Geschäft verwendet werden sollten. Unter allen Umständen habe Kläger wissen müssen, daß ihm für den Betrag des an Gruban zum Zwecke der Einlage gegebenen Darlehns nur letzterer persönlich, nicht auch die Gesellschaft haftbar sein könne. Da aber Kläger die bestehende Sachlage gekannt habe und sich bewußt gewesen sei, die 14,000 Fr. dem Gruban als Einlage geliehen zu haben, so habe er auch einsehen müssen, daß die Ausstellung der Verpflichtung eine unzulässige Benachteiligung der Kommanditäre herbeiführe, daß die aktiven Gesellschafter diesen gegenüber geradezu einen Vertrauensmißbrauch begangen haben, und überhaupt die ganze Handlungsweise eine unrechtmäßige gewesen sei, indem ihm Vorteile zugesichert worden seien, auf welche er einen Anspruch jedenfalls nur unter der Voraussetzung hätte erheben können, daß alle Gesellschafter einverstanden gewesen wären. Wenn er sich, trotz aller Einsicht in den Sachverhalt, die

Verpflichtung ausstellen ließ, so habe er den Kommanditären gegenüber wider Treu und Glauben gehandelt. Die von den Beklagten erhobene exceptio doli erweise sich folglich als begründet.

2. Nach den thatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz, wie auch der eigenen Sachdarstellung des Klägers in seiner Klageschrift, besteht darüber kein Zweifel, daß Kläger die 14,000 Fr. welche er mit gegenwärtiger Klage von der in Liquidation befindlichen Kommanditgesellschaft Schoch, Gruban & Cie. fordert, nicht dieser Gesellschaft, sondern dem Gruban persönlich als Darlehen gegeben hat, und daß dann allerdings die genannte Summe von Gruban an die Gesellschaft einbezahlt worden ist, aber als Geschäftseinlage Grubans, zu welcher dieser laut Gesellschaftsvertrag verpflichtet war. Aus der Hingabe der 14,000 Fr. an den Gesellschafter Gruban erwuchs darnach dem Kläger eine Forderung nur an Gruban persönlich, nicht auch an die Gesellschaft. Damit letztere für Rückzahlung des Darlehns haftbar wurde, bedurfte es seitens derselben eines besondern Verpflichtungsaktes. Der Rechtsgrund für die behauptete Rückzahlungspflicht der Beklagten kann daher nur in der Schuldübernahme der letzteren gefunden werden, für welche sich Kläger auf das am 10. April 1895 an ihn gerichtete Schreiben Schochs und Grubans beruft. In diesem Schreiben haben die beiden Genannten in der That Namens der Gesellschaft die Darlehensschuld Grubans gegenüber dem Kläger kumulativ übernommen. Da dieselben unbestrittenermaßen zur Vertretung der Gesellschaft befugte Gesellschafter waren, galten sie dem Kläger gegenüber zur Übernahme dieser Schuld Namens der Gesellschaft als ermächtigt, sofern darin ein Geschäft lag, das, wenn auch nur in abstracto, im Gesellschaftszweck begründet sein konnte. Denn die Vertretungsbefugniß des geschäftsführenden Anteilhabers einer Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft erstreckt sich nach Art. 561 O.-R. nicht bloß, wie diejenige des Handlungsbevollmächtigten, auf diejenigen Geschäfte, welche der Betrieb des von der Gesellschaft geführten Gewerbes gewöhnlich mit sich bringt, sondern auf alle Rechtshandlungen und Geschäfte, welche überhaupt im Interesse des Gesellschaftszweckes liegen können, also auch auf solche, die, wenn auch außerhalb des gewöhnlichen Geschäftsbetriebes liegend, doch möglicherweise in dem Zweck

der Gesellschaft begründet, d. h. durch denselben nicht ausgeschlossen sind (s. Entsch. des Bundesgerichtes i. S. Schweizer gegen Härtsch vom 19. Juni 1896, Amtl. Samml. XXII, S. 595). Nun soll allerdings nicht gesagt werden, daß die Übernahme einer Privatschuld eines Gesellschafters durch die Gesellschaft von vornherein als mit dem Zweck der Gesellschaft unter keinen Umständen vereinbar erscheine. Allein im vorliegenden Falle mußte es für den Kläger außer Zweifel stehen, daß die Schuldübernahme, welche Schoch und Gruban ihm gegenüber Namens der Gesellschaft eingiengen, unmöglich im Zwecke der Gesellschaft liegen könne, sondern demselben geradezu widerspreche. Denn es handelte sich dabei im Grunde lediglich darum, den Beitrag, den der Gesellschafter Gruban an das Gesellschaftskapital hätte leisten sollen, aus den Mitteln der Gesellschaft selbst zu beschaffen, wodurch der Zuwachs am Gesellschaftskapital, also am Deckungskapital für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft, der durch die Einlage Grubans hätte erfolgen sollen, paralysiert wurde. Daß dieser Effekt der Schuldübernahme dem Kläger nicht entgangen war, und er also wußte, daß durch die genannte Rechtshandlung der geschäftsführenden Gesellschafter den Interessen der Gesellschaft direkt entgegen gearbeitet werde, steht nach den eigenen Angaben des Klägers und den obstehend angeführten aktenmäßigen Feststellungen der Vorinstanz außer Zweifel. Wie bereits bemerkt wurde, steht fest, daß Kläger dem Gruban die 14,000 Fr. zum Zwecke geliehen hat, damit derselbe mit dieser Summe seine Geschäftseinlage mache. Aus dem Inhalt der Schuldübernahmsurkunde selbst mußte Kläger ferner entnehmen, daß die betreffende Summe dem Gruban wirklich als Geschäftseinlage gutgeschrieben worden sei, und konnte sich deshalb auch nicht verhehlen, daß die Übernahme der Darlehnsschuld, welche Gruban zum Zwecke seiner Einlage eingegangen war, einfach auf eine Täuschung der Kommanditäre hinauslief, indem dieselben in den Glauben versetzt wurden, die Einlage sei effektiv vorhanden, während es sich in That und Wahrheit um einen Kredit der Gesellschaft selbst handelte. Daß die beiden geschäftsführenden Gesellschafter zu einem Geschäfte, wie die streitige Schuldübernahme, ermächtigt gewesen seien, konnte Kläger also unmöglich annehmen; er mußte vielmehr

einsehen, daß dieselben damit ihre Vertretungsbefugniß zum Nachteil der Kommanditäre und der Gesellschaft überhaupt mißbrauchten. Wenn er trotzdem, in voller Kenntniß des Sachverhaltes, sich die Verpflichtung Namens der Gesellschaft ausstellen ließ, so handelte er ebenfalls gegen Treu und Glauben, und kann deshalb aus dieser Rechtshandlung keine Rechte für sich ableiten. Seine gegen die Firma gerichtete Klage muß daher in Übereinstimmung mit dem Urteil der Vorinstanz abgewiesen werden.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Berufung des Klägers wird als unbegründet abgewiesen, und daher das Urteil des Handelsgerichtes des Kantons Aargau vom 30. November 1896 in allen Teilen bestätigt.

---

36. Urteil vom 5. Februar 1897 in Sachen Orell Füßli gegen Müller & Trüb.

A. Durch Urteil vom 9. November 1896 hat das Handelsgericht des Kantons Aargau erkannt: Die Kläger werden mit ihrer Klage abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat die klägerische Firma die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit folgendem Antrage:

Das Bundesgericht wolle das Urteil des Handelsgerichts aufheben, und gestützt auf den durch Aktenstücke und Zugeständnisse festgestellten Thatbestand die Beklagten zu einer angemessenen Entschädigungs- und Genugthuungssumme an die Kläger verfällen, oder aber, wenn es die von den Klägern behaupteten Thatsachen noch nicht als genügend festgestellt erachte, die Sache zur Aktenvervollständigung an das Handelsgericht zurückzuweisen. Ohne dem Ermessen des Richters darüber, welche Behauptungen dem Beweise unterstellt werden sollten, vorzugreifen, nenne die Klägerschaft:

1. Die Behauptung unter Art. III der Klage, wonach sie im Besitze eines vervollkommneten Verfahrens zur Herstellung farbi-

ger Bilder sei, das nur ihr näher bekannt und bisher noch Niemandem dritten in gleicher Art und Weise gelungen sei. (Sachverständige.)

2. Die Behauptung über die Machinationen der Beklagten, die sie zum Zwecke unternommen haben, den Klägern die mit diesem Verfahren vertrauten Arbeiter wegzulocken, und durch sie das Verfahren bei ihnen einzuführen; enthalten in Klagartikel VIII bis XIX. (Zeugen.)

3. Eventuell auch die Behauptung, daß die Löhne, die die Kläger vor dieser Verschwörung auszahlten, durchaus normale gewesen seien, enthalten in der Replik ad XXIV. (Lohnlisten und Sachverständige.)

C. In der heutigen Verhandlung erneuert der klägerische Anwalt diese schriftlich gestellten Berufungsanträge. Der Anwalt der Beklagten beantragt Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Im Juni 1896 stellte die Firma Artistisches Institut Orell Füßli, Aktiengesellschaft in Zürich, beim Handelsgericht des Kantons Aargau gegenüber der Firma Müller & Trüb, graphische Kunstanstalt in Aarau, das Rechtsbegehren auf Bezahlung einer Entschädigung von 40,000 Fr. nebst Zins zu 5 % von der Klage an, und führte zu dessen Begründung im Wesentlichen aus: Die frühere Firma Orell Füßli & Cie. in Zürich habe ein Verfahren zur Herstellung von farbigen, photographischen Bildern jeden Genres und besonders von Landschaften erfunden, welchen der Name Photochrom beigelegt worden sei. Sie sei darauf nach jahrelangen Studien und kostspieligen Versuchen und Erfahrungen gelangt. Im Jahre 1890 habe sich die Firma in die Aktiengesellschaft Art. Institut Orell Füßli verwandelt. Das Verfahren bestehe im allgemeinen darin, daß das photographische Negativ in so viele Teile zerlegt werde, als das Bild Farben enthalten solle, daß man von jedem Farbenteil eine eigene Platte herstelle, von welchen Platten dann so viele Farbenkopien übereinandergedruckt werden, bis das Bild mit allen Farben versehen sei. Die Operationen im einzelnen, und was dabei besonders zu beobachten sei, bilde das Geheimnis der Kläger, und es bedürfe

dazu besonders geschulter und überwachter Arbeiter. Das Gebäude, in dem sie arbeiten, sei zum Zwecke völliger Geheimhaltung des Verfahrens beständig geschlossen. Die durch dieses Verfahren erzeugten farbigen Bilder seien zur Zeit in der ganzen Welt verbreitet und werden nur von den Klägern hergestellt; in Deutschland, Österreich, Frankreich, England und Italien haben die Kläger darauf ein Patent genommen, in der Schweiz sei es ihnen, dank der Treue ihrer Arbeiter und der sorgsamen Überwachung, trotz dem Mangel des Patentschutzes für blosses Verfahren, bis jetzt möglich gewesen, sich ihre Erfindung zu erhalten. Wenn auch da und dort Versuche gemacht worden seien, so sei die Herstellung der Bilder in der Vollkommenheit der klägerischen Niemandem auch nur annähernd gelungen. Man würde anderswo es nur dann dazu bringen, wenn man von den Klägern eingeschulte Arbeiter, die das Verfahren von Grund aus kennen, dazu gewänne, und zwar müßte man nicht bloß einen, sondern eine Gruppe solcher Arbeiter haben. Nun sei von den Beklagten auf arglistige Weise, unter Anwendung verwerflicher Mittel, versucht worden, den Klägern einige Arbeiter, die in das Photochromverfahren eingeschult seien, wegzunehmen und mit ihrer Hilfe das Verfahren sich anzueignen. Im September 1895 sei ein junger Mann, O. Hagenbuch aus Aarau, der bei den Beklagten seine Lehrzeit gemacht habe, von den Klägern als Arbeiter in ihren Photochrom-Operateursaal aufgenommen worden. Dieser Hagenbuch habe am 6. März 1896 seine Mitarbeiter Jakob Looser und Jakob Ruff veranlaßt, gemeinsam mit ihm an die Beklagten eine Anfrage wegen Anstellung in ihrem Geschäfte zu richten und darauf die Antwort bekommen, daß den Beklagten seine Offerte sehr gelegen komme. Am 15. März seien die Drei nach Aarau gereist und haben den Beklagten photochromische Muster vorgelegt. Hr. Trüb habe bemerkt, sie sollten nun auch noch einen Photographen haben, der das Verfahren kenne, worauf Hagenbuch und Looser von Bachmann, ebenfalls einem Angestellten der Kläger gesprochen hätten, und Looser habe beigefügt, es müsse auch noch ein Steinschleifer gewonnen werden, einen solchen, Namens Ungricht, gebe es ebenfalls bei den Klägern. Von Müller & Trüb seien diese Vorschläge gebilligt und sogar die Umzugskosten für beide über-

nommen worden. Dann sei die Rede davon gewesen, was Hagenbuch, Looser und Ruff bekommen sollten; ihre Forderungen seien von den Beklagten ohne weiteres angenommen worden. Müller habe den Hagenbuch auf die Seite genommen, und ihm bemerkt, er sei bereit, allen Forderungen zu entsprechen, die sie stellen würden. Am folgenden Tage habe Hagenbuch dem Ungricht mitgeteilt, was die Beklagten ihm böten, und dieser habe sofort zugesagt. Auch dem Bachmann sei die Offerte der Beklagten eröffnet worden, dieser habe sich einverstanden erklärt, wenn auch die andern alle mitmachen. Es sei dann noch verabredet worden, Bachmann müsse weggehen ohne zu künden, Hagenbuch habe dabei erklärt, die Beklagten würden ihm den Lohnabzug schon vergüten. Bachmann habe den Beklagten geschrieben, welches Salär er fordere; am Tage darauf haben auch Hagenbuch, Looser, Ungricht und Ruff einen Kollektivbrief an die Beklagten unterzeichnet und versandt, der ihre Bedingungen enthalten habe. Schon am nächsten Tage habe Hagenbuch seinen Genossen die Antwort der Beklagten mitteilen können, wonach von diesen letztern alle gestellten Bedingungen angenommen worden seien. Am 21. März habe dann Hr. Trüb, der Associé der beklagten Firma, mit den genannten Angestellten der Kläger in Zürich persönlich unterhandelt. Trüb habe dem Bachmann einen Vorschuß von 600 Fr. zur Zahlung seiner Schulden in Zürich gegeben, und sei auch mit Ungricht in's reine gekommen. Dem Looser und Ruff, welche am gleicheu Tage den Klägern gekündet hatten, und von diesen unter Zusicherung der ihrerseits verlangten Lohnerhöhung um Rücknahme der Kündigung ersucht worden seien, habe er ermuntert, ja fest zu bleiben. Von Ungricht und Bachmann seien darauf die Anstellungsverträge mit den Beklagten unterzeichnet worden, laut welchen Bachmann 2000 Fr. und Ungricht 500 Fr. Entschädigung hätten zahlen müssen, wenn sie die Stelle in Aarau nicht anträten. Am gleichen Tage haben die Kläger den Looser und Ruff neuerdings zu bleiben zu bestimmen versucht, jedoch ohne Erfolg. Nachdem Hagenbuch, Looser und Ruff zum zweitenmal in Aarau mit den Beklagten eine Zusammenkunft abgehalten, sei es den Klägern am 23. März gelungen, den Looser und Ruff zur schriftlichen Erneuerung ihrer Anstellungsverträge zu bewegen. Am gleichen

Tage seien Looser und Ruff zu einer Zusammenkunft mit dem von Aarau hergekommenen Müller bestellt worden. Auch Hagenbuch sei dabei gewesen, Ruff dagegen weggeblieben, Müller habe jedem noch mehr geboten, als die neuen Abmachungen mit den Klägern zusicherten. Gegen Photograph Bachmann seien die gleichen Verführungskünste angewendet worden. Schließlich haben alle Erschienenen dem Müller das Ehrenwort gegeben, bei ihm Engagement zu nehmen. Auf erneute Vorstellungen der Kläger seien dann Bachmann, Ungricht und Ruff doch bei diesen geblieben. Hagenbuch und Looser seien dagegen zu den Beklagten übergetreten, wo sie zur Zeit noch im Geschäfte derselben arbeiten. Ganz zweifellos werde dort fortwährend versucht, das Photochromverfahren der Kläger in die Hand zu bekommen, und es müssen diese täglich darauf gefaßt sein, daß neue geheime Angriffe auf die Ehrlichkeit und Treue ihrer Arbeiter versucht werden, und daß es schließlich gelinge, ihnen das Verfahren abzustehlen, das für sie von außerordentlicher Bedeutung sei, und nach der Auffassung jedes ehrlichen Geschäftsmannes ihnen gehöre, weil sie es entdeckt und mit den größten Opfern an Zeit und Geld ausgebildet haben. An der Landesausstellung in Genf seien von den Beklagten bereits Bilder ausgestellt worden, die in auffallender Weise mit dem Namen Photochrom bezeichnet seien. Noch ein weiterer Angestellter der Kläger, der Photochrom-Operateur Bachofen, sei von den Beklagten auf heimlichem Wege gewonnen worden. Looser habe mit demselben von Aarau aus häufig telephonisch verkehrt, und Bachofen sei wiederholt in's Geschäft nach Aarau gegangen und habe dort Anordnungen gegeben. Im weitern habe ein Angestellter der Beklagten, Otto Nägeli, seinem bei den Klägern angestellten Bruder Albert am 8. April 1896, also nach dem Übertritt des Looser und Hagenbuch, geschrieben, er solle ihm ein Fläschchen Guß (ein geheimes photochromisches Fabrikat) senden. Albert Nägeli habe freilich den Auftrag nicht besorgt, weil er sich alsbald gesagt habe, es handle sich um die heimliche Entführung der Geheimsubstanz. Daß der Verführungsbrief von den Beklagten veranlaßt worden sei, liege auf der Hand. Rechtlich stelle sich die Handlungsweise der Beklagten als eine absichtliche, widerrechtliche Schädigung der Kläger, als ein Akt illoyalster Konkurrenz dar,

und die Beklagten haben für den Schaden aufzukommen, den sie den Klägern schon zugefügt haben und noch zuzufügen drohen, und zwar im Sinne der Art. 50 und 55 O.-R. Der den Klägern von den Beklagten bereits zugefügte Schaden bestehe darin, daß die Kläger genötigt gewesen seien, vorab ihren Angestellten Ruff, Bachmann und Ungricht die Löhne bedeutend zu steigern, um sie davon abzuhalten, den beiden Überläufern Hagenbuch und Looser nachzufolgen, und sodann, um sie gegen weitere Verführung zu schützen, allen Angestellten der Abteilung für Photochrom die Löhne zu erhöhen. Infolge dieser Lohnerhöhungen sei ihnen eine Mehrausgabe von 8528 Fr. pro Jahr erwachsen, was in vier Jahren schon eine Summe von 33,000 Fr. ausmache. Wenn es aber den Beklagten gelingen sollte, mit den aus dem klägerischen Geschäfte weggelockten Arbeitern und den doch noch heimlich beigebrachten klägerischen Präparaten photochromische Bilder der klägerischen Art und Güte herzustellen, so würde sich der Schaden in viele hundert tausende von Franken belaufen. Es werden in dieser Richtung alle Rechte vorbehalten. Außer dem Ersatze des wirklich eingetretenen, bezw. allfällig noch eintretenden Schadens werde aber noch für widerrechtliche Kränkung eine Entschädigung verlangt. Die Beklagten haben die Kläger in ihren persönlichen Verhältnissen ernstlich verletzt; sie haben dieselben in ihrem rechtmäßig, durch Fleiß, Geschicklichkeit und große Opfer erworbenen Besitz eines wertvollen, in der ganzen Welt als das ihrige bekannten Verfahrens bedroht; sie umlauern die Kläger auf Schritt und Tritt, und verleiten ihre Arbeiter zur Untreue. Ein solches Verfahren kränke und empöre den Verletzten. Er habe daher Anspruch uuf eine Entschädigung nach Art. 55 O.-R. In Zusammenfassung der Forderung aus dem wirklich schon entstandenen Schaden nnd für Genugthuung werde Verurteilung der Beklagten zur Bezahlung einer Gesammtentschädigung von 40,000 Fr. beantragt.

2. Das Handelsgericht hat diese Klage entsprechend dem Antrage der Beklagten abgewiesen. Über die Frage, ob die Beklagten sich gegenüber den Klägern einer widerrechtlichen Handlung schuldig gemacht haben, spricht sich das Urteil nicht aus; in den Erwägungen desselben wird bemerkt, diese Frage brauche in casu nicht geprüft zu werden, da, wenn auch alles, was die Klage in

dieser Richtung angebracht habe, als wahr angenommen werden wollte, der Gutheißung des klägerischen Anspruchs die Thatsache entgegenstünde, daß ein Vermögensschaden als Folge der Handlung der Beklagten nicht erwiesen und daher eine notwendige Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Art. 50 O.-R. nicht erfüllt sei. Auch der Thatbestand des Art. 55 O.-R. sei nicht gegeben, da selbst nach Maßgabe der Klageanbringen sich nicht sagen ließe, daß die Handlungsweise der Beklagten vermocht hätte, die Kläger in ihrem Geschäftsverkehr, insbesondere aber in ihrem kaufmännischen Ansehen bezw. in ihrem Kredit ernstlich zu verletzen.

3. In rechtlicher Beziehung ist den Klägern zuzugeben, daß in der unbefugten Aneignung eines Fabrikationsgeheimnisses zum Zwecke der eigenen Ausbeutung desselben eine nicht nur moralisch verwerfliche, sondern auch gegen das positive Recht verstoßende Handlung erblickt werden muß. Denn widerrechtlich ist jede Handlung, welche entweder gegen eine Verbotsnorm des allgemeinen Rechts verstößt, oder ein subjektives Recht eines Dritten verletzt. Nun gehört es aber zum Individualrecht eines Gewerbetreibenden, die internen Verhältnisse seines Geschäfts dem unbefugten Einblick Dritter zu entziehen, und namentlich auch das von ihm etwa beobachtete besondere Verfahren bei der Herstellung seiner Fabrikate, auf welchem möglicherweise die ganze Prosperität seines Gewerbes beruht, als seine Spezialität geheim zu halten, dasselbe vor unbefugter Kenntnißnahme Dritter und dadurch vor Nachahmung zu schützen Es bedeutet also einen Eingriff in ein subjektives Recht des Gewerbetreibenden, wenn ein Dritter durch unlautere Mittel sich in den Besitz des von ihm gehüteten Fabrikationsgeheimnisses setzt, und begründet den Anspruch auf Schadenersatz, sofern der Gewerbetreibende dadurch in seiner Konkurrenzfähigkeit beeinträchtigt wird. Auf diesem Boden steht bekanntlich das französische Recht, welches den Verrat von Fabrikgeheimnissen seitens der Angestellten unter Strafe stellt (Art. 418 c. p., s. auch Pouillet, Traité des marques de fabrique et de la concurrence déloyale, Nr. 766 ff., Simon, Die concurrence déloyale, S. 34), ebenso die neue deutsche Gesetzgebung über concurrence déloyale (§ 9 und 10 des Gesetzes zur Bekämpfung des unlautern Wettbetriebes vom 27. Mai 1896, Bachem und Rören, Kommentar zu diesem

Gesetz, S. 38 ff.). In gleichem Sinne hat sich auch eine Reihe deutscher Schriftsteller schon vor dem Erlaß dieses Spezialgesetzes erklärt (s. z. B. Ortloff in Buschs Archiv für Handels- und Wechselrecht, Bd. 46, S. 329 ff.; Alexander-Katz, Die unredliche Konkurrenz, S. 50 ff.; Scherer, Gutachten in den Verhandlungen des 23. deutschen Juristentages, Bd. I, S. 226 ff.). Wäre daher erwiesen, daß infolge Verlockung von Arbeitern der Kläger zum Diensteintritt bei den Beklagten, diese letztern sich die Geschäftsgeheimnisse der klägerischen Firma, bezw. die Kenntnis des behaupteten geheimen Verfahrens angeeignet hätten, so würde hierin in der That eine rechtswidrige Handlung zu erblicken sein. Allein es mangelt in casu an dieser Voraussetzung. Daß es den Beklagten gelungen sei, sich durch Enthüllungen der beiden zu ihnen übergetretenen Arbeiter in den Besitz des klägerischen Fabrikationsgeheimnisses zu setzen, kann nach der gegenwärtigen Aktenlage nicht angenommen werden. Die Kläger selbst gehen davon aus, daß es die Beklagten hiezu zur Zeit nicht gebracht haben, indem sie hervorheben, es sei bis jetzt Niemandem gelungen, Photochrombilder herzustellen, welche der Vollkommenheit ihrer eigenen Erzeugnisse sich auch nur annähern würden, und weiterhin erklären, die von den Beklagten an der schweizerischen Landesausstellung produzierten Bilder erreichen die klägerischen noch nicht, obschon sie von den Überläufern besorgt worden seien, die Beklagten werden es jedoch noch soweit bringen, wenn sie den Klägern noch weitere geschickte, eingeschulte Arbeiter entführen können. Hieraus muß mit der Vorinstanz geschlossen werden, daß die Beklagten auf Grund der den Gegenstand gegenwärtiger Klage bildenden illoyalen Handlungen noch nicht in den Besitz des klägerischen Fabrikgeheimnisses gelangt seien.

4. Danach gebricht es aber der Klage an einem wesentlichen Erfordernis. Denn in der Thatsache allein, daß die Beklagten Arbeiter der Kläger durch Versprechen höhern Lohnes zum Übertritt in ihr Geschäft veranlaßt haben, kann eine widerrechtliche Handlung nicht erblickt werden; es kann unter Umständen eine solche Handlungsweise eines Konkurrenten vom Standpunkte des im Verkehr zu beobachtenden Anstandes aus als anstößig erscheinen; allein widerrechtlich ist sie nicht, sofern dabei nicht etwa unerlaubte Mit-

tel, wie Zwang, Drohung, ungerechte Herabwürdigung des Geschäftes u. s. w. angewendet worden sind. Denn die Interessen seiner Mitbewerber ist der Konkurrent zu schonen nicht verpflichtet. Die Schädigung dieser Interessen vermag daher die Anwerbung von Arbeitern des Mitbewerbers für sich allein nicht zu einer rechtswidrigen Handlung zu stempeln. Daß nun aber die von den Beklagten unternommene Anwerbung klägerischer Arbeiter etwa wegen der dabei angewendeten Mittel eine Rechtswidrigkeit enthalte, kann nicht gesagt werden. Die Kläger behaupten allerdings, daß die Beklagten große Anstrengungen gemacht haben, um die betreffenden Arbeiter für ihr Geschäft zu gewinnen, daß sie zu diesem Zwecke häufig Zusammenkünfte mit denselben gepflogen, ihnen große Löhne versprochen und teilweise Vorschüsse gemacht haben. Daß die Beklagten jedoch durch Drohung, betrügliche Vorgaben oder andere unerlaubte Mittel ihren Zweck verfolgt hätten, wird von den Klägern selbst nicht behauptet. Selbst vom Standpunkt der klägerischen Darstellung aus kann somit von einer widerrechtlichen Handlung der Beklagten nicht gesprochen werden und es erscheinen daher auch die Beweisanerbieten der Kläger über die von ihnen behaupteten Vorgänge bei der Anwerbung der klägerischen Arbeiter als rechtlich unerheblich. Was insbesondere die Behauptung anbetrifft, der Angestellte Nägeli sei zum Verrat eines geheimen Präparates verleitet worden, so kann auf das daherige Beweisanerbieten der Kläger schon aus dem Grunde nicht eingetreten werden, weil nach ihrer eigenen Darstellung ein solcher Verrat nicht zur Ausführung gekommen ist, der bloße Versuch aber für sich allein zur Begründung eines civilrechtlichen Anspruchs nicht hinreichen würde.

5. Die Klage ist nach den vorstehenden Ausführungen abzuweisen, ohne daß weiter auf die von der Vorinstanz erörterte Frage eingetreten zu werden braucht, ob die Kläger durch das Verhalten der Beklagten einen materiellen Schaden oder eine ernstliche Verletzung in ihren persönlichen Verhältnissen erlitten haben.

6. Da somit das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Aargau bestätigt werden muß, sind die Gerichtskosten dem Kläger aufzulegen. Von der Zusprechung einer Prozeßentschädigung an die Beklagten ist dagegen für die bundesgerichtliche Instanz abzu-

sehen mit Rücksicht darauf, daß die von ihnen zugestandene Anwerbung klägerischer Arbeiter, wenn auch nicht als rechtswidrig, doch als mit guter Verkehrssitte unvereinbar bezeichnet werden muß.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Berufung der Kläger wird als unbegründet abgewiesen und daher das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 9. November 1896 in allen Teilen bestätigt.

---

37. Urteil vom 6. Februar 1897 in Sachen Wendler und Fleury & Adam gegen Zweifel.

A. Durch Urteil vom 17. November 1896 hat das Handelsgericht des Kantons Aargau erkannt:

1. Die Beklagten werden unter solidarischer Haftbarkeit verfällt, den Klägern an den bezahlten Betrag 1000 Fr. zurückzuerstatten.

2. Mit den weitergehenden Begehren sind die Kläger abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat Fürsprecher Kurz in Aarau Namens der Beklagten die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Antrag:

„1. Es sei die Klage sowohl gegenüber G. Wendler, als der Firma Fleury & Adam abzuweisen, eventuell jedenfalls gegenüber der letzteren Firma.

2. Sofern nicht die sofortige Abweisung der Klage gegenüber beiden beklagten Teilen erfolge, sei das Urteil des Handelsgerichtes als ein voreiliges aufzuheben, und die Sache zur Aktenvervollständigung und zu neuer Entscheidung an das kantonale Gericht zurückzuweisen.

Namens der Kläger schloß sich Fürsprech Erny in Aarau der Berufung an, indem er die Anträge stellte:

„1. Die Beklagten, Firma Fleury & Adam in Aarau und G. Wendler in Reutlingen, seien unter solidarischer Haftbarkeit zu verfällen:

a. Den bezahlten Betrag von 2000 Fr. sammt Zins à 5 % seit dem 21. Juni 1894 zurückzuerstatten, eventuell, d. h. für den Fall, daß nur die actio quanti minoris zugelassen würde, sei der rückzuerstattende Minderwert auf 1800 Fr. festzusetzen.

b. Den Klägern Schadenersatz im Betrage von 1200 Fr. zu leisten, eventuell, d. h. für den Fall, daß die Schadenersatzforderung nicht sofort gutgeheißen würde, sei das Urteil des Handelsgerichtes in Bezug auf diesen Punkt als ein voreiliges aufzuheben und die Sache zur Aktenvervollständigung und neuen Beurteilung an das kantonale Gericht zurückzuweisen.

2. Die Widerklage sei als eine unbegründete abzuweisen, eventuell sei der zu zahlende Betrag angemessen zu reduzieren."

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Am 21. Juni 1894 haben die Kläger, Gebrüder Zweifel, und die Beklagten, G. Wendler und Fleury & Adam folgenden schriftlichen Vertrag abgeschlossen: „Die Firma Gebr. Zweifel „übernimmt unter heutigem Tage das neue Schlichteverfahren „des Herrn G. Wendler in Firma E. F. Renz in Reutlingen „durch Vermittlung der Herren Fleury & Adam in Aarau, zum „Preise von 2000 Fr., zahlbar sofort nach Einrichtung in baarem „Gelde, eventuell bankfähigen Rimessen. Herr Wendler garantiert „eine jährliche Oekonomie in der Höhe des bezahlten Betrages, „hervorgerufen durch Ersparniß von Schlichtematerialien, Arbeits„lohn und Kohlen, sowie ausgezeichnetes Verarbeiten der Ketten „auf den Webstühlen. Die Herren Gebr. Zweifel sind dagegen „verpflichtet, das Verfahren nur in ihrer eigenen Fabrik in Sirnach „anzuwenden, andern Personen gegenüber das Verfahren als Ge„heimniß zu betrachten, weder entgeltlich noch unentgeltlich an „andere Firmen abzutreten, bei Meidung einer Konventional„strafe von 20,000 Fr. Das betreffende Chemikal muß von den „Herren Fleury & Adam in Aarau zum Preise von 8 Fr. per „Kilo bezogen werden, da nur in diesem Falle Garantie für „tadellosen und gleichmäßigen Gang übernommen werden kann. „Doppelt ausgefertigt und unterzeichnet. Sirnach, Thurgau, „21. Juni 1894 (folgen die Unterschriften)." Am gleichen Tag bescheinigte G. Wendler, den Betrag von 2000 Fr. empfangen zu haben. Auf eine Reklamation, die die Kläger am 4. August

1894 bei Fleury & Adam wegen des genannten neuen Schlichteverfahrens erhoben hatten (deren Inhalt jedoch in den Akten nicht festgestellt ist) antworteten diese am 6. gl. M.: „Ihr Geehrtes vom 4. ct. ist in unserem Besitz, und geben wir Herrn „Wendler davon sofort Bericht und veranlassen denselben gleichzeitig unverzüglich hieher zu kommen. Wir ersuchen Sie daher, „sich noch kurze Zeit zu gedulden und inzwischen nach Ihrem „alten Verfahren weiter zu schlichten. Wenn sich die Ihnen gemachten Versprechungen, die wir auf Grund von erhaltenen „Attesten mit Ruhe machen durften, bei Ihnen nicht bewährten, „so nehmen wir durchaus keinen Anstand, den bezahlten Betrag „wieder zurückzuerstatten. Sobald Herr Wendler bei uns angelangt ist, werden wir nochmals bei Ihnen vorsprechen und die „Angelegenheit mündlich mit Ihnen in's Reine bringen." Nachdem in der Folge von Wendler wiederholt Versuche bei den Klägern vorgenommen worden waren, schrieben diese am 5. November 1894 an Fleury & Adam, daß sich das Wendler'sche Verfahren nur auf einer Maschine anwenden lasse, sie sehen sich daher veranlaßt, 1400 Fr. von dem bezahlten Preise zurückzufordern, und würden, wenn die Beklagten hierauf nicht eintreten könnten, die Sache ganz fallen lassen, in diesem Falle aber auch Rückerstattung des ganzen bezahlten Betrages beanspruchen. Im Dezember 1895 gieng Wendler auf neue Reklamationen nochmals zu den Klägern. Da die weitern Verhandlungen eine Einigung nicht zu Stande brachten, erhoben die Kläger beim aargauischen Handelsgericht gegen Fleury & Adam und Wendler Klage auf Rückerstattung der bezahlten 2000 Fr. sammt Zins zu 5 % seit 21. Juni 1894 und Ersatz eines Schadens im Betrage von 1200 Fr., welcher ihnen erwachsen sei durch Zulagen an die Arbeiter, die während der Anwendung des Wendler'schen Schlichteverfahrens haben gemacht werden müssen, und durch Minderwert der mit diesem Verfahren erzeugten Waren. Zur Begründung dieser Klage führten sie im wesentlichen an: Die von den Beklagten über die Eigenschaften des fraglichen Schlichteverfahrens gemachten Zusicherungen haben sich nicht erfüllt. Bei der sofort nach Empfang der Ware vorgenommenen Prüfung, d. h. bei der Verwendung der gelieferten Chemikalien nach den erhaltenen Re-

zepten habe sich ergeben, daß die garantierten Eigenschaften des Chemikals nicht vorhanden gewesen seien und es seien daher die erwarteten finanziellen Vorteile ausgeblieben. Statt der garantierten Ersparnis an Arbeitslöhnen, Kohlen ꝛc., seien Mehrkosten eingetreten, auch seien vielfache Betriebsstörungen vorgekommen. Den Arbeitern haben Lohnzulagen gewährt werden müssen; die mit dem neuen Schlichteverfahren hergestellte Ware habe sich als schlecht erwiesen, so daß Kläger eine Einbuße von 1200 Fr. erlitten haben. Um nicht weiter Schädigungen zu riskieren, habe die Anwendung des neuen Schlichteverfahrens eingestellt werden müssen. Die Versuche, welche alsdann die Beklagten selbst in der Weberei der Kläger anstellten, haben kein besseres Resultat ergeben, trotzdem bei jedem Versuch die Rezepte geändert worden seien. Herr Fleury habe zugestehen müssen, daß die Zettel schlecht zu verarbeiten gewesen sein, wodurch selbstverständlich jede Ersparniß ausgeschlossen sei. Gemäß Art. 249 O.-R. seien Kläger berechtigt, mit der actio redhibitoria den Kauf rückgängig zu machen, und Schadenersatz zu verlangen. In der Klagebeantwortung machten zunächst Fleury & Adam geltend, sie stehen vollständig außerhalb des Vertrages und seien deshalb ganz grundlos eingeklagt. Nach dem Vertrage haben die Kläger das Verfahren des G. Wendler übernommen und Fleury & Adam seien nur die Vermittler gewesen. Der Gegenwert sei denn auch dem Wendler ausbezahlt worden. Eine Garantie sei von Fleury & Adam nicht übernommen worden. Im weitern brachten die Beklagten vor: Die Kläger haben ein Geheimniß gekauft. In einem solchen Falle sei die Wandelungsklage unzulässig, da das Geheimniß nicht zurückgegeben werden könne. Aber auch eine Klage auf Ersatz des Minderwertes, die übrigens nicht gestellt sei, wäre unzulässig, indem die Kläger wiederholt Waren bezogen und nichts davon zur Verfügung gestellt haben. Auch die angebliche Garantie Wendlers sei keine solche, sondern eine bloße Anpreisung der Ware. Die Behauptung der Kläger über die angeblichen Mängel des Chemikals werde bestritten, ebenso die Behauptung über den erlittenen Schaden. Die Kläger hätten nicht bei Fleury & Adam, sondern bei Wendler reklamieren sollen, da nach dem Vertrag von ersteren nur das Chemikal zu beziehen ge-

wesen, alles andere aber den Wendler angegangen sei. Übrigens sei jede Reklamation ausgeschlossen, da die Kläger es versäumt hätten, den Thatbestand sofort gehörig feststellen zu lassen. Verneint werde auch, daß die Versuche der Beklagten ein schlechtes Resultat ergeben haben, und daß die Rezepte stets geändert worden seien. Wendler habe sich wiederholt zu den Klägern begeben, und jedesmal, wenn er das Verfahren in Anwendung gebracht habe, sei es ganz gut gegangen. Wenn die Kläger das Verfahren einfach nicht lernen, so können die Beklagten nichts dafür. Im Februar 1895 habe Wendler auf Verlangen der Kläger bei der Aargauischen Kreditanstalt 3000 Fr. deponiert, und denselben die Verfügung darüber eingeräumt, wenn ein erneuter Versuch mißglücke. Er habe dann den Versuch sofort vorgenommen, der so vollständig gelungen sei, daß die Kläger die 3000 Fr. gar nie reklamiert und damit die Güte des Verfahrens anerkannt haben. Auch spätere Versuche, die Wendler auf Verlangen der Kläger gemacht habe, seien sehr gut und zur Zufriedenheit der Kläger ausgefallen. Die Klage wegen Nichterfüllung des Vertrages müsse auch deswegen abgewiesen werden, weil die Kläger die in Art. 122 O.-R. vorgeschriebene Fristansetzung zur nachträglichen Erfüllung unterlassen haben. Mit ihrem Antrag auf Abweisung der Klage stellten die Beklagten widerklageweise das Rechtsbegehren, die Kläger seien zu verurteilen, dem Widerkläger Wendler, eventuell ihm und der Firma Fleury & Adam 142 Fr. 95 Cts. für gelieferte Chemikalien zu bezahlen. Die Kläger bestritten diese Widerklageforderung, weil die bezogenen Chemikalien lediglich im Interesse der Vertragserfüllung seitens der Beklagten verwendet worden seien.

2. Die Kompetenz des Bundesgerichtes ist hinsichtlich der Hauptklage vorhanden, da die Streitsache nach eidgenössischem Rechte zu entscheiden, und der gesetzliche Streitwert gegeben ist. Bezüglich der Widerklage, welche den gesetzlichen Streitwert nicht erreicht, wäre die Berufung gemäß Art. 60 Abs. 3 O.-G. nur zulässig, wenn die in Haupt- und Widerklage geltend gemachten Ansprüche einander gegenseitig ausschlössen, also nicht neben einander ganz oder teilweise gutgeheißen werden könnten, ohne daß das Urteil mit sich selbst in Widerspruch geriete. Allein dies

ist in casu nicht der Fall. Die mit der Widerklage geltend gemachte Kaufpreisforderung für gelieferte Chemikalien steht nicht in einem derartigen, engen Zusammenhang mit der Klageforderung, daß gesagt werden müßte, die gänzliche oder teilweise Gutheißung der letztern ziehe ohne weiteres die Abweisung der Widerklage als einfache logische Folge nach sich. Die beiden Ansprüche schließen nicht notwendig einander gegenseitig aus. Rücksichtlich der Widerklage ist daher die Berufung, wegen des mangelnden Streitwertes derselben, nicht zulässig.

3. Die von den Beklagten Fleury & Adam erhobene Einrede der mangelnden Passivlegitimation muß mit der Vorinstanz verworfen werden. Wenn zwar für die Bestimmung der Vertragsmeinung der Parteien einzig auf die Vertragsurkunde vom 21. Juni 1894 abgestellt werden müßte, so würden Fleury & Adam mit Beziehung auf den erhobenen Klageanspruch allerdings nicht als passiv legitimiert erscheinen. Denn nach dem Wortlaut dieses Vertrages steht den Klägern als Gegenkontrahent bei Übertragung des streitigen Fabrikationsverfahrens der Beklagte Wendler, als der Erfinder desselben, gegenüber. Von ihm sollten die Kläger das Verfahren übernehmen, während Fleury & Adam nach diesem Vertrag dabei nur soweit beteiligt erscheinen, als das bei dem Verfahren zur Verwendung kommende chemische Mittel von ihnen zu beziehen war. Die Lieferung dieses chemischen Mittels wae offenbar von den Parteien gemeint, wenn sie in dem Vertrag bemerkten, die Übernahme des Wendler'schen Schlichteverfahrens geschehe durch die Vermittlung von Fleury & Adam. Von Wendler allein wird denn auch in dem Vertrage die Garantie für die mit seinem Verfahren zu erzielenden Erfolge ausgesprochen. Nun haben aber Fleury & Adam in ihrem Schreiben vom 6. August 1894 diese Garantie auch für ihre Person als verbindlich anerkannnt, indem sie nicht nur vorbehaltlos auf die wegen des Wendler'schen Verfahrens von den Klägern am 4. August erhobene Reklamation eingiengen, sondern ausdrücklich erklärten: „Wenn sich die Ihnen gemachten Versprechungen, die wir auf Grund von erhaltenen Attesten mit Ruhe machen durften, bei Ihnen nicht bewährten, so nehmen wir durchaus keinen Anstand, Ihnen den bezahlten Betrag zurückzuerstatten."

Wenn Fleury & Adam in diesem Briefe bemerkten, sie haben Wendler von der Reklamation sofort in Kenntniß gesetzt, so erklärt sich dies einfach daraus, daß eben Wendler der Erfinder war, und die nötigen Anleitungen zur Hebung allfälliger Anstände bei Anwendung des Verfahrens deshalb von ihm zu erholen waren; aus dieser Bemerkung darf, angesichts des übrigen Inhaltes jenes Briefes, nicht etwa geschlossen werden, daß Fleury & Adam die Kläger mit ihrer Reklamation an Wendler hätten verweisen und den Standpunkt einnehmen wollen, dieselbe gehe sie überhaupt nichts an. Haben aber Fleury & Adam in diesem Briefe unzweideutig zu erkennen gegeben, daß sie zu der im Vertrage vom 21. Juni 1894 ausgesprochenen Garantie für die Tauglichkeit des Wendler'schen Schlichteverfahrens stehen, so haben dieselben den Klägern gegenüber gleich dem Beklagten Wendler die in jener Garantie zugesicherten Eigenschaften desselben zu vertreten, und ist somit ihre Legitimation zur Sache gegeben.

4. Der mit der Hauptklage verfolgte Anspruch ist von den Parteien und der Vorinstanz als ein solcher aus Kauf aufgefaßt und behandelt worden; allein mit Unrecht. Derselbe geht nicht etwa auf Rückerstattung des Kaufpreises für die Chemikalien oder irgend sonst eine von den Beklagten bezogenen Sache, sondern auf Rückerstattung des Entgeltes, das die Kläger für die Mitteilung des Geheimverfahrens entrichtet haben, und auf Schadenersatz wegen der Nachteile, die ihnen dadurch entstanden seien daß sich das Verfahren bei ihnen nicht bewährt habe. Der Vertrag, durch welchen die Kläger in den Besitz dieses Verfahrens gesetzt werden sollten, stellt sich nun aber rechtlich nicht als Kaufvertrag, sondern als eigentümliche Form des Dienstvertrages dar (s. Entsch. des Bundesgerichtes vom 13. Juni 1890 in Sachen Altweg gegen Schetty und Söhne, Amtl. Samml. Band XVI, S. 406). Es ist keine Rede davon, daß durch den Vertrag vom 21. Juni 1894 den Klägern etwa ein Vermögensrecht an der Wendler'schen Erfindung durch Übertragung eines allfälligen Patentes, hätte eingeräumt werden sollen. Was die Kläger durch jenen Vertrag erlangen sollten, war die Kenntniß dieser Erfindung, die Mitteilung des Verfahrens und die Anleitung zur Ausführung desselben. Der zwischen den Parteien abgeschlossene Vertrag war also nicht auf die

Übertragung einer körperlichen oder unkörperlichen Sache zu vollem Rechte und Genuß gerichtet, sondern auf die Mitteilung gewerblicher Manipulationen, auf eine persönliche Dienstleistung thatsächlicher Art. Seiner rechtlichen Natur nach stellt sich somit der gedachte Vertrag nicht als Kaufvertrag, sondern als eine besondere Art des Dienstvertrages dar. Da in der Mitteilung eines Fabrikationsverfahrens für sich allein nicht die Übertragung einer Sache oder eines Rechtes zu voller rechtlicher und thatsächlicher Herrschaft, sondern eine persönliche Dienstleistung zu erblicken ist, beurteilt sich denn auch grundsätzlich die Frage, ob und in welchem Umfange derjenige, welcher sich zu einer solchen Mitteilung vertraglich verpflichtet hat, für die Tauglichkeit seiner Vertragsleistung einzustehen habe, nach den Regeln über den Dienstvertrag, und nicht nach denjenigen über den Kauf. Dabei ist aber natürlich nicht ausgeschlossen, daß im einzelnen Falle für die Tauglichkeit des mitgeteilten Verfahrens eine Gewährspflicht, ähnlich der für den Kaufvertrag gesetzlich normierten, bestehen kann, sofern eine solche ausdrücklich übernommen wurde, oder deren Übernahme nach den Umständen als unter den Parteien stillschweigend vereinbart angenommen werden muß. Dies trifft denn auch im vorliegenden Falle zu, indem sich die Beklagten nicht nur zur Mitteilung des fraglichen Schlichteverfahrens verpflichtet, sondern ausdrücklich Garantie für die Tauglichkeit dieses Verfahrens, d. h. dafür geleistet haben, daß damit durch Ersparniß von Schlichtematerialien, Arbeitslohn und Kohlen eine jährliche Ökonomie in der Höhe des bezahlten Betrages, sowie ausgezeichnetes Verarbeiten der Ketten auf den Webstühlen erzielt werde. Auf Grund dieser Garantie haften die Beklagten den Klägern für das Interesse, das diese an der Verwendung eines Schlichteverfahrens mit dem bezeichneten Nutzeffekt besitzen, und sind daher verpflichtet, beim Ausbleiben dieses Nutzeffektes gemäß Art. 110 und 116 O.-R., den Klägern sowohl für den dadurch entstandenen positiven Schaden, als für die entgangenen Vorteile Ersatz zu leisten.

5. Über die Frage, ob die den Klägern gemachten Zusicherungen rücksichtlich der Tauglichkeit des fraglichen Schlichteverfahrens sich erfüllt haben, führt die Vorinstanz aus: Indem die Beklagten

zu neuen Versuchen jeweils wieder mitwirkten, haben sie zu erkennen gegeben, daß nach ihrer eigenen Ansicht die frühern Versuche noch nicht die erforderliche Gewißheit darüber zu verschaffen vermocht haben, ob das Verfahren den gestellten Anforderungen bezw. der vertraglichen Garantie wirklich entspreche. Aus dem Umstande, daß die Versuche wiederholt stattgefunden haben, und während längerer Zeit fortgesetzt worden seien, und die Kläger schließlich die Annahme des Verfahrens des bestimmtesten verweigert haben, gehe hervor, daß sich das Verfahren jedenfalls nicht in dem Maße zur Verwendung im Geschäftsbetrieb der Kläger geeignet habe, wie es, um den gegebenen Zusicherungen vollständig zu entsprechen, hätte der Fall sein müssen. Angesichts dieser Feststellung komme der Behauptung der Beklagten, daß die Kläger einmal, d. h. im Dezember 1895, vier Probezettel verarbeitet, und damals mit dem Verfahren zufrieden gewesen seien, keine Erheblichkeit mehr zu. Daß das Verfahren an sich wertlos sei, lasse sich indessen nicht annehmen; gegen eine solche Annahme würden schon die zahlreichen von den Beklagten beigebrachten Atteste sprechen. Allein die Anwendbarkeit des Mittels sei erfahrungsgemäß nicht unwesentlich von den Einrichtungen des einzelnen Geschäftes abhängig, und da diese verschieden seien, könne auch die Brauchbarkeit nicht für jedes Geschäft dieselbe sein. Immerhin sei von den Klägern in ihrem Brief vom 5. November 1894 selbst anerkannt worden, daß sie das Verfahren wenigstens für eine Maschine verwenden können. Daraus ergebe sich, daß das Verfahren für die Kläger nicht vollständig untauglich sei. Unter Würdigung aller Umstände, insbesondere auch des Verhältnisses der anerkannten Tauglichkeit des Verfahrens zum Umfange des klägerischen Geschäftes, erscheine nach freiem richterlichem Ermessen eine Herabsetzung des Kaufpreises um 1000 Fr. als angemessen, und ,ei daher die Rückforderungsklage in diesem Betrage, jedoch ohne Zinsvergütung, gutzuheißen. An die in diesen Ausführungen enthaltene Feststellung, daß der den Klägern zugesicherte Nutzeffekt sich nur teilweise habe erzielen lassen, ist das Bundesgericht gebunden, da es sich dabei um die Entscheidung einer rein thatsächlichen Frage handelt. Daß diese Feststellung mit dem Inhalte der Akten im Widerspruch stehe, oder auf einer

bundesgesetzliche Bestimmungen verletzenden Würdigung des Aktenmaterials beruhe, kann nicht gesagt werden, insbesondere liegt kein hinreichender Anhaltspunkt dafür vor, daß der konstatierte Mißerfolg etwa bloß auf ungeschickte Handhabung durch die Kläger zurückzuführen wäre. Was den Betrag des den Klägern zu vergütenden Interesses anbelangt, so ist derselbe gemäß Art. 116 Abs. 2 O.-R. nach freiem richterlichem Ermessen, unter Würdigung der Umstände festzusetzen. Dies ist seitens der Vorinstanz geschehen, ohne daß dabei wesentliche Faktoren ungenügend bezw. gar nicht gewürdigt, oder unwesentliche in rechtsirrtümlicher Weise als maßgebend betrachtet worden wären. In Betreff des von den Klägern geltend gemachten positiven Schadens insbesondere ist zu bemerken, daß es, wie die Vorinstanz hervorgehoben hat, an einer zureichenden Substanzierung der daherigen Klageforderung durchaus fehlt.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

1. Auf die Berufung bezüglich die Widerklage wird wegen Inkompetenz des Gerichtes nicht eingetreten.

2. Bezüglich der Hauptklage wird die Berufung beider Parteien als unbegründet erklärt, und daher das Urteil des Handelsgerichtes des Kantons Aargau bestätigt.

---

38. *Sentenza del 12 febbraio 1897 nella causa Soldini e Brenni contro Pedrioli.*

I tribunali distrettuale di Bellinzona in prima, e di Appello del Cantone Ticino in seconda istanza hanno pronunciato:

a) **Il Tribunale distrettuale:**

« 1. L'eccezione di improponibilità dell'azione è respinta.

» 2. È confermato il libello di causa e quindi il sig. Pedrioli » pagherà alla parte istante fr. 4930 90, colla deduzione di » fr. 30 pel godimento della sostra.

» 3. Sopra i fr. 4930 90 Pedrioli è tenuto di corrispondere » l'interesse legale dal 1° settembre 1893 in avanti.

» 4. Sono respinte le domande riconvenzionali di Pedrioli. »

b) Il Tribunale di Appello:

« 1. Il dispositivo secondo, terzo e quarto dell'appellato giudizio sono confermati. »

Appellante da questo giudizio il sig. Pedrioli, che conchiude domandando:

In linea principale, il rigetto della domanda;

Subordinatamente:

1. La riduzione della stessa a fr. 8629 89, dedotti gli acconti pagati, la multa convenzionale e l'indennizzo pel godimento della sostra, il tutto colla decorrenza degli interessi 15 giorni dopo definita la causa, eventualmente dopo la comunicazione alle parti della perizia Martinoli, vale a dire dal 13 giugno 1893.

2. La condanna degli attori nella multa convenzionale di fr. 20 al giorno, per il ritardo nel compimento dei lavori, a partire dal 15 settembre fino al 28 dicembre 1892.

Nel mentre gli attori domandano il rigetto dell'appello.

Considerando in linea di fatto:

1. Nel 1892 il ricorrente Giuseppe Pedrioli fece allestire dall'architetto Gualzata un progetto e preventivo per la costruzione di un'ala da aggiungersi ad una sua casa, situata di fronte alla stazione di Bellinzona. In base al piano e preventivo allestito conchiuse poi il 4 aprile 1892 un contratto colla Ditta Brenni e Soldini. mediante il quale quest'ultima si assumeva l'esecuzione dei lavori di muratura « ed affini » ai prezzi stabiliti nel preventivo con un ribasso del 5,75 % ed obbligavasi inoltre all'esecuzione dei lavori addizionali che, quantunque non compresi nel progetto, apparissero come necessari per l'ultimazione dell'opera, a prezzi proporzionati a quelli emergenti dalla perizia, ed in caso di disaccordo ai prezzi usuali della piazza di Bellinzona. Secondo le clausole del contratto, i lavori dovevano essere ultimati pel 15 settembre sotto comminatoria di una multa di fr. 20 per ogni giorno di ritardo; la liquidazione doveva farsi dal pro-

prietario e da una persona da lui incaricata col concorso degli assuntori, ed il più tardi 15 giorni dopo l'esecuzione ed accettazione dei lavori, da farsi mediante accettazione della liquidazione, l'impresa Brenni e Soldini doveva ricevere il saldo del suo avere, colla trattenuta del 5 % durante un anno, quale garanzia per la buona esecuzione dei lavori e per la buona qualità del materiale impiegato. Le eventuali contestazioni dovevano essere decise da un consesso arbitrale.

2. Invece del 15 settembre i lavori furono compiuti solo verso la fine di dicembre 1892. Subito dopo l'architetto Gualzata, che secondo l'istanza cantonale aveva sorvegliato per conto di Pedrioli l'esecuzione dei lavori, allestì il conto di liquidazione, trasmettendone una copia al convenuto. Secondo questa liquidazione, l'importo complessivo dei lavori compresi nel contratto ascendeva a fr. 8632 89, già dedotto il ribasso del 5,75 %. Un secondo conto steso dagli attori per lavori addizionali accusava a loro favore un saldo di fr. 243 05. Il 20 gennaio 1894 Brenni e Soldini scrissero a Pedrioli domandandogli se accettava la liquidazione dell'architetto Gualzata. La lettera essendo rimasta senza riscontro, ed essendosi Pedrioli opposto ad un precetto esecutivo staccato dalla Ditta Brenni e Soldini per ottenere il pagamento dei due conti sopraindicati, meno gli acconti ricevuti, gli attori presero la via dei tribunali, domandando che Pedrioli fosse obbligato a corrispondere loro la somma di fr. 8875 34, o dedotti i 5 % di garanzia e gli acconti pagati, di fr. 4930 90. Essi fondarono questa loro domanda col dire, che i lavori erano stati eseguiti sotto il controllo del proprietario e del di lui incaricato, ingegnere Gualzata, senza che avessero dato luogo ad un reclamo qualsiasi; che in base al contratto il pagamento avrebbe dovuto seguire 15 giorni dopo ultimati i lavori e dopo che la liquidazione era stata accettata; che il convenuto non avendo voluto dichiarare se accettava la liquidazione, gli attori avevano dovuto chiamarlo in giudizio; che la liquidazione dovevasi del resto considerare come tacitamente accettata, Pedrioli non avendo mai sollevato alcuna eccezione contro di essa. Eventualmente, pel caso

che Pedrioli intendesse di valersi della clausola arbitramentale, gli attori domandavano che esso fosse obbligato a prestarsi alla nomina degli arbitri. Rispondendo il convenuto conchiuse al rigetto della domanda pel motivo, che secondo il contratto il saldo doveva essere pagato solo dopo fatta la liquidazione dal proprietario, o da un suo incaricato, e dopo l'accettazione della liquidazione da ambe le parti. Ora, a suo dire, una simile liquidazione non era stata ancor fatta, il convenuto non avendone mai dato l'incarico a Gualzata, nè tanto meno avendo mai accettato la liquidazione allestita da quest'ultimo. La domanda per la nomina degli arbitri non essere contenuta nel libello, e perciò tardiva. Subordinatamente, la pretesa degli attori doversi ridurre alla somma di fr. 7967 54, ossia di fr. 3500, dopo dedotti i 5 % di garanzia e gli acconti ricevuti, come a liquidazione che il convenuto presentava. Quest'ultimo domandava inoltre, in via riconvenzionale, che gli attori fossero condannati nella multa convenuta di fr. 20 al giorno, i lavori non essendo stati terminati che tra il 21 e il 28 dicembre. Le altre domande riconvenzionali sollevate nella risposta, ad eccezione di quella relativa ad un indennizzo pel godimento di una sostra, accordata dalle istanze cantonali ed ora accettata anche dagli attori, vennero abbandonnate nel corso della causa. Negli allegati di replica e duplica le parti invocarono gli argomenti seguenti: L'attore sostenne, che l'ingegnere Gualzata aveva proceduto alla liquidazione dietro incarico ricevuto dal convenuto, al quale la liquidazione era stata comunicata; che eventuali eccezioni avrebbero dovuto essere sollevate entro il termine di 15 giorni, trascorso questo termine gli attori avendo il diritto, secondo il contratto, di pretendere il saldo del loro avere; che avendo Pedrioli tralasciato ogni e qualsiasi osservazione, la liquidazione doveva ritenersi come tacitamente accettata. Quanto alla domanda riconvenzionale gli attori adducevano, che la stessa mancava di fondamento; che tutti i lavori che si erano potuti eseguire indipendentemente da quelli riservati nel contratto al convenuto, erano stati ultimati prima del 15 settembre, malgrado che

Pedrioli non avesse concesso il passo promesso attraverso il fondo venduto a Rusca, e malgrado che si avessero dovuto eseguire i plafoni e la stabilitura delle pareti interne prima che Pedrioli avesse incominciato la posa dei pavimenti. Che se una parte dei lavori era stata compiuta solo nel mese di dicembre era perchè non potevano essere proseguiti, finchè non erano fatti quelli incombenti a Pedrioli. Il ritardo essere dunque esclusivamente imputabile a quest'ultimo. Difatti la posa dei pavimenti essere avvenuta solo fra il 23 ottobre ed il 18 novembre; le porte d'ingresso consegnate solo alla fine di novembre; le ultime serrature solo in dicembre; l'inquilino del convenuto, Francesco Rusca, aver permesso l'apertura delle comunicazioni tra la vecchia casa e la nuova solo il 5 dicembre, nè prima del 21 dicembre aversi potuto incominciare la posa delle pompe per l'acqua potabile, perchè non vennero consegnate prima da Pedrioli. In vista di che doversi ritenere applicabile il disposto dell'art. 181 del C. O. In ogni caso la multa convenzionale doversi ridurre in base all'art. 182 C. O. Il convenuto obiettó, che non aveva mai accettato la liquidazione Gualzata, nè espressamente, nè tacitamente; che come provavano le emergenze di causa, detta liquidazione era inesatta; che non era vero che egli fosse la causa del ritardo sopravvenuto nel compimento dei lavori; che non aveva mai promesso un passaggio attraverso il fondo Rusca; che alla collocazione dei pavimenti non si poteva pensare prima che fossero esiccati convenientemente i plafoni, sui quali doveva essere posto uno strato di carbonina, come al contratto; che il relativo materiale era sul posto fino dal luglio, e quello per la terrazza fino dal principio di agosto; che anche i lavori di falegname erano stati eseguiti a tempo; che se le porte d'ingresso erano state costrutte più tardi, ciò derivava semplicemente dal fatto degli attori, che non avevano fornito prima le misure. La prova più evidente che la colpa del ritardo incombeva agli attori, risultare dal fatto, che la Ditta Brenni e Soldini non aveva mai reclamato dal convenuto la consegna delle porte e delle finestre prima dell'epoca in cui la consegna era avvenuta, come avrebbe dovuto fare a

stregua dell'art. 356 del C. O., sotto pena di sopportare personalmente le conseguenze del ritardo. In via subordinata ambedue le parti chiesero nelle loro conclusioni di causa che il prezzo per i lavori eseguiti si dovesse fissare nell'importo stabilito dalla perizia giudiziale. Quest'ultima, ordinata dal Tribunale di prima istanza sulla domanda degli attori ed affidata all'ingegnere Martinoli, computò il prezzo dei lavori eseguiti a tenore del contratto in fr. 8427 06, dopo dedotto il ribasso del 5,75 %, e in fr. 202 83 quello dei lavori addizionali. La comunicazione del rapporto peritale avvenne il 29 maggio 1894.

3. L'istanza superiore cantonale ha fondato la sua sentenza, riprodotta più sopra nei suoi dispositivi, sulla motivazione seguente: È incontroverso che l'architetto Gualzata abbia allestito una liquidazione generale in base ai prezzi convenuti. Secondo ogni logica presunzione egli deve aver sorvegliato la costruzione della casa, imperocchè le sue disposizioni sull'andamento dei lavori sono così precise e minute che non possono essere che una conseguenza dell'assistenza prestata. Da ciò devesi anche presumere che esso sia stato incaricato da Pedrioli di erigere il conto di liquidazione, e questa presunzione trovasi corroborata tanto dalla deposizione Gualzata, che ha dichiarato di averne avuto incarico verbale, quanto dalla deposizione del teste Cherubino Bernasconi, che mandato da Gualzata per invitare Pedrioli ad assistere alla liquidazione, portò la risposta che si dovesse procedere senza di lui. Non è dunque più permesso al convenuto di contestare la liquidazione Gualzata, eretta, secondo ogni probabilità, dietro suo ordine ed incarico. Tanto è vero che Pedrioli non ha creduto nemmeno di assistere alle operazioni relative, dal momento che i suoi interessi erano affidati ad una persona di sua fiducia. Caso contrario egli si sarebbe opposto a che la liquidazione venisse compiuta in quel giorno e per opera dell'architetto Gualzata. Ciò premesso, non era neppure necessario che la liquidazione fosse accettata. In realtà però esiste una tacita approvazione della perizia Gualzata, la quale non fu impugnata da Pedrioli se non dopo che venne impetito

pel pagamento. Per ciò che riguarda la multa convenzionale risulta dal costituto testimoniale che alcuni lavori, riservati al committente, furono compiuti molto tempo dopo il termine pattuito, quali le porte, le serrature, i pavimenti. Questo ritardo scagiona completamente l'impresa da ogni responsabilità circa il ritardo nel compimento dei lavori, essendo il convenuto esso pure in mora. E ciò tanto più per la connessione necessariamente esistente fra i diversi lavori di erezione di una fabbrica, dei quali l'uno non può essere fatto che dopo l'altro, a seconda dei casi.

In diritto:

1. Il ricorso, regolare quanto alla forma, fu presentato in tempo utile, e la competenza del Tribunale federale a riguardo della domanda principale è fuori di dubbio, benchè il rappresentante degli attori l'abbia oggi contestata per pretesa insufficienza di valore.

Col libello chiedesi la condanna del convenuto al pagamento di una somma di fr. 4930 90. Vero si è che questi non ha contestato in massima il suo debito ed in via subordinata ne ha anzi riconosciuto l'importo nella somma emergente dalla perizia giudiziale che è di soli fr. 226 65 inferiore a quella richiesta, per modo che in sostanza il dibattito sembra vertire soltanto su questa differenza, ma d'altro lato non è men vero che la sua conclusione principale mira al rigetto dell'intiera domanda per pretesa inesigibilità della somma che ne forma oggetto. Il convenuto sostiene dunque in primo luogo che attualmente esso non deve nulla, di guisa che il valore della lite corrisponde in realtà all'intiero importo della somma domandata.

La circostanza che il difetto di esigibilità costituisce un'eccezione dilatoria, che secondo la procedura cantonale avrebbe dovuto essere sollevata e decisa preliminarmente al merito, non può avere influenza alcuna sulla determinazione del valore dell'oggetto in lite.

La competenza deve essere ammessa anche riguardo alla domanda riconvenzionale, benchè la somma di fr. 1960 richiesta a titolo di multa convenzionale sia inferiore al minimo

richiesto dall'art. 59 della legge sull'organizzazione giudiziaria federale. Risulta infatti dai combinati disposti degli articoli 59 e 60 di detta legge, che l'importo delle diverse domande riconvenzionali deve essere sommato e che la competenza sussiste semprechè il valore complessivo che ne risulta non sia inferiore a fr. 2000. Ora è fuori di dubbio che aggiungendo ai fr. 1960 il valore delle domande riconvenzionali formulate in risposta ed abbandonate nel corso della causa, si ottiene una somma certamente superiore al minimo legale.

2. La somma di fr. 4930 90 richiesta dagli attori consta di due elementi: fr. 4687 25 rappresentano il prezzo complessivo dei lavori eseguiti in base al contratto del 4 aprile 1892; i residui fr. 243 65 invece costituiscono il corrispettivo di lavori addizionali i cui prezzi dovevano essere stabiliti in base agli usi della piazza di Bellinzona.

La domanda comprende quindi due azioni distinte, l'una tendente ad ottenere il pagamento del prezzo dei lavori eseguiti in base ad un contratto di locazione d'opera (art. 350 e seg. C.F.O.), l'altra chiedente il pagamento di servigi (art. 358 C. F. O.) prestati in occasione dell'esecuzione di questo contratto. L'onere della prova incombe per entrambo agli attori, ma poichè l'esistenza del contratto e l'esecuzione dei lavori non vennero contestate, esso riducesi a dimostrare che la somma chiesta in pagamento dei lavori compresi nell'appalto corrisponde ai prezzi stabiliti dalla perizia, tenuto calcolo del ribasso accordato, e che i fr. 243 65 chiesti per lavori addizionali corrispondono ai prezzi praticati sulla piazza di Bellinzona.

La prova di questo secondo punto non può certo ritenersi fornita colla semplice produzione di un conto allestito dagli attori, a riguardo del quale non fu neppure affermato che il convenuto l'abbia espressamente o tacitamente accettato.

Riguardo al primo, gli attori hanno affermato che l'architetto Gualzata aveva elaborato la liquidazione per incarico di Pedrioli, che questi l'aveva tacitamente accettata, che di conseguenza doveva fare stato in suo confronto, e il Tribunale di appello condividendo quest'opinione vi ha aggiunto la dichia-

razione, che dal momento che Pedrioli aveva incaricato Gualzata di allestire la liquidazione non poteva più essergli lecito di impugnarla.

La constatazione concernente l'incarico dato da Pedrioli all'architetto Gualzata riguarda un punto di fatto e vincola il Tribunale federale. Altrettanto non può dirsi delle conseguenze giuridiche che di questo fatto possono essere derivate, e la conclusione dedottane dal Tribunale di appello, secondo la quale al convenuto non sarebbe stato più lecito di impugnare la liquidazione allestita per di lui incarico, basa sopra un evidente errore di diritto. Il contratto col quale un proprietario incarica un architetto dell'elaborazione di un progetto e dell'allestimento di un conto di liquidazione di determinati lavori costituisce una locazione di servigi (art. 338 C. F. O.), non un mandato. Esso non produce quindi degli effetti che nei rapporti delle parti contraenti. Di fronte ai terzi il proprietario è sempre libero di accettare, modificare o ripudiare l'opera del proprio impiegato. Nella pratica può avvenire ed avviene infatti non di rado che in occasione della conclusione del contratto di locazione di servizi, il proprietario conferisca tacitamente o espressamente al proprio architetto anche il mandato di rappresentarlo di fronte ai terzi per ciò che concerne l'esecuzione dei lavori che formano oggetto del contratto, ma è evidente che un siffatto mandato non si presume, ma deve essere provato da chi pretende dedurne delle conseguenze a proprio favore. Nel fattispecie gli attori non hanno neppure sostenuto che Gualzata avesse ricevuto da Pedrioli il mandato di liquidare in suo nome i conti dipendenti dai lavori da essi assunti. Le circostanze nelle quali venne conferito l'incarico di allestire la liquidazione escludono del resto persino la possibilità di una siffatta supposizione. Risulta dal deposto dell'architetto Gualzata e di Cherubino Bernasconi che l'incarico venne dato nel modo seguente. Un giorno, mentre Pedrioli stava lavorando in un locale al piano terreno della casa di recente costrutta, l'architetto Gualzata, accompagnato da uno degli attori, venne per eseguire la misura dei lavori; chiamato ad assistervi dal mu-

ratore Bernasconi, Pedrioli rispose che non aveva tempo e che si dovesse procedere senza di lui. Identica risposta diede all'architetto Gualzata, venuto poi personalmente a ripetergli l'invito.

Un'interpretazione assai lata della risposta data da Pedrioli può bensì permettere di trovarvi, come fece l'istanza cantonale, un incarico di allestire la liquidazione, ma sarebbe certo abusivo ed arbitrario di supporre che con ciò egli intendesse di conferire all'architetto Gualzata anche il mandato di regolare in modo definitivo e vincolante per lui i conti coll'impresario, precludendosi così perfino la via ad esaminare il conto. Gli attori stessi non vi hanno attribuito questo significato, e la loro lettera del 20 gennaio, colla quale invitavano il convenuto a dichiarare se accettava la liquidazione, ne fornisce la prova più manifesta.

Erronea del pari è la decisione dell'istanza cantonale, secondo la quale la liquidazione sarebbe stata tacitamente accettata da Pedrioli, per il fatto che non pensò ad impugnarla espressamente se non quando gli fu intimato il precetto di pagamento. Il Tribunale di appello ha evidentemente basato la sua decisione sull'applicazione del principio: *qui tacet consentiri videtur*. Ma come il Tribunale federale ebbe già a dichiarare reiteratamente, il C. F. O. non ha accettato questo principio nei termini generali in cui è formulato. Ogni qualvolta intese attribuire al silenzio il significato di un tacito consenso, lo dichiarò in modo espresso (art. 5, al. 3, 271-393, etc.). All'infuori di questi casi, il silenzio non può essere considerato come una tacita accettazione se non quando, per il concorso di speciali circostanze, una diversa interpretazione apparirebbe come contraria alle regole della buona fede, per modo che la parte che non intendeva di accettare l'offerta fattale sarebbe stata in dovere di dichiararlo espressamente. Tale sarebbe, per esempio, il caso ove tra due persone in relazione d'affari fosse d'uso di ritenere come tacitamente accettate le proposte che non vengono espressamente declinate o respinte.

Nessuno di questi estremi esiste nel caso in esame. Perchè

il convenuto avesse avuto non che l'obbligo, almeno l'occasione di dichiarare se accettava o meno la liquidazione Gualzata, sarebbe stato innanzi tutto indispensabile che gli fosse stata fatta in proposito una proposta (art. 3, 4, 5, 6, 7 C. F. O.). Come tale non può considerarsi la comunicazione di una copia della liquidazione da parte del suo autore. Dacchè infatti questi, secondo la constatazione contenuta nell'appellato giudizio, aveva ricevuto da Pedrioli l'incarico di allestirla, la comunicazione di una copia da parte sua altro non era che un atto di esecuzione del contratto di locazione di servigi, risultante dall'incarico, e di conseguenza non riguardava che i rapporti interni tra padrone ed architetto, e non poteva produrre obbligo alcuno a carico del convenuto ed a favore degli attori.

Questi non potrebbero eventualmente invocare come proposta che la loro lettera del 20 gennaio, colla quale invitavano Pedrioli a dichiarare se accettava la liquidazione; ma questa opinione sarebbe pur sempre erronea, dacchè la lettera non conteneva gli elementi di una proposta, mancandovi la dichiarazione di accettare da parte loro la liquidazione in discorso e di conseguenza non potendo presentare un carattere di obbligatorietà. Ma supposto anche che questa dichiarazione avesse a ritenersi come tacitamente compresa nella domanda e che la lettera presentasse così il carattere giuridico di una proposta, le circostanze non sono punto tali da far ritenere che gli attori dovessero necessariamente interpretare il silenzio del convenuto nel senso di una tacita accettazione e che una diversa interpretazione appaia come contraria alle esigenze della buona fede. Nella pratica degli affari è di buona regola che la liquidazione finale dei conti relativi all'esecuzione di un contratto d'appalto avvenga mediante l'accettazione espressa o risultante da atti positivi equipollenti. Le stesse parti in causa avevano espressamente accettata, mediante apposizione della loro firma, il conto di liquidazione di un altro precedente contratto della identica natura. Nessuna circostanza autorizzava gli attori a supporre che dovesse procedere altrimenti nel caso in esame, e tutto invece doveva portarli a ritenere

che Pedrioli non intendeva accettare la liquidazione finchè non lo dichiarasse espressamente. L'invito fattogli colla lettera del 20 gennaio prova del resto che questo modo di vedere era da essi condiviso, e che allora non pensavano punto che il silenzio del convenuto avesse il significato di un tacito consenso.

3. Le prove addotte a giustificazione della domanda libellaria debbono quindi ritenersi senza valore, nessuno dei conti essendo stato accettato.

Ciò non significa però che la domanda debba essere respinta come prematura.

Il tenore letterale del contratto 4 aprile 1892, secondo il quale il prezzo doveva essere pagato quindici giorni dopo l'ultimazione dei lavori e la loro accettazione da farsi mediante accettazione della liquidazione da ambo le parti, sembra bensì giustificare la tesi del convenuto, che cioè esso non sia esigibile se non quindici giorni dopo l'accettazione della liquidazione; ma questa interpretazione strettamente letterale non corrisponde certamente all'intenzione comune delle parti contraenti. Il concetto dominante della clausola in discorso consiste nell'obbligo di pagare il prezzo quindici giorni dopo l'ultimazione e l'accettazione dei lavori. Partendo dall'idea che la liquidazione non avrebbe dato luogo a divergenze, le parti stipularono che l'accettazione dei lavori sarebbe risultata dall'accettazione della liquidazione. Questa non era dunque nella mente delle parti che il mezzo di prova destinato a constatare l'accettazione dei lavori. Ma nella pratica la clausola non venne osservata, Pedrioli accettò la consegna della casa prima di accettare la liquidazione. Il fatto dell'accettazione dei lavori non essendo contestato, ed essendo in ogni modo fuori di dubbio, ne consegue che gli attori avevano incontestabilmente il diritto di pretendere, quindici giorni dopo, il pagamento del loro avere, senza che si potesse loro opporre l'eccezione di inesigibilità desunta dalla mancanza di accettazione della liquidazione.

La sola conseguenza che da questa mancanza puossi e devesi dedurre consiste nell'obbligo che incombe agli attori di

provare con altri mezzi che la somma da loro richiesta corrisponde in realtà al prezzo dei lavori eseguiti.

Questa prova venne fornita mediante la perizia giudiziale, contro la quale nessuna eccezione venne sollevata, e che di conseguenza deve far stato per il definitivo regolamento dei conti.

Secondo le conclusioni del rapporto, il prezzo totale dei lavori compresi nel contratto è di fr. 8427 06, quello delle opere addizionali di fr. 202 83. Deducendo da esso l'importo del 5 % destinato a servire di garanzia (fr. 421 35), gli acconti pagati (fr. 3500) e l'indennizzo accordato dall'appellata sentenza per godimento di una sostra (fr. 30), il credito degli attori riducesi pertanto a fr. 4678 44, salvo l'esito del giudizio sulla domanda riconvenzionale.

Gli interessi sono dovuti dal giorno della domanda, e le considerazioni superiormente svolte per confutare l'eccezione di inesigibilità dispensano da ogni ulteriore riflesso a questo riguardo.

4. I lavori che, secondo il contratto, dovevano essere ultimati per il 15 settembre 1892, non lo furono, per concorde ammissione delle parti, che tra il 21 ed il 28 dicembre. Il ritardo è dunque constatato, e ciò basta per far considerare come fondata in massima la domanda tendente ad ottenere il pagamento della multa pattuita, a meno che gli impresari non siano in grado di dimostrare che la causa del ritardo è imputabile a Pedrioli, nel qual caso potrebbero invocare a loro liberazione l'eccezione scatente dall'art. 181 C. F. O., che dispone non potersi esigere la pena convenzionale quando l'adempimento del contratto sia diventato impossibile pel fatto del creditore. Va da sè che la prova incombe agli impresari che invocano l'eccezione. L'appellata sentenza, basandosi sul risultato delle deposizioni testimoniali da cui è emerso che la posa dei pavimenti in legno che Pedrioli erasi riservato di far eseguire direttamente fu effettuata soltanto in ottobre, che le porte e gli antiporti non vennero forniti che alla fine di novembre od in principio di dicembre, che la pompa fu pure fornita solo in dicembre e che le comunicazioni tra la

casa nuova e la vecchia non poterono essere stabilite che in dicembre, stante l'opposizione dell'inquilino di quest'ultima a che venissero praticate prima nelle pareti le richieste aperture, è giunta alla conclusione che la prova era stata fornita e che di conseguenza l'eccezione doveva essere accolta; ma quest'opinione non può essere condivisa.

Per apprezzare se l'ultimazione dei lavori per il 15 febbraio è divenuta impossibile per il fatto di Pedrioli, bisogna innanzi tutto fare astrazione da quelli non compresi nel contratto, quali la posa della pompa e l'apertura delle comunicazioni tra le due case. Come il loro ritardo non avrebbe potuto essere invocato a sostegno della domanda riconvenzionale, così l'impossibilità di eseguirli per l'epoca convenuta, non può esserlo a sostegno dell'eccezione.

Per ciò che concerne gli altri lavori, è verissimo, come giustamente osserva il Tribunale di appello, che tra quelli compresi nel contratto e quelli riservatisi dal proprietario esisteva una tale connessità che il ritardo nell'esecuzione degli uni doveva necessariamente produrre un ritardo nell'esecuzione degli altri. Ma il Tribunale di appello ha dimenticato di avvertire che l'influenza in questo senso era reciproca; dacchè in quella guisa che gli impresari non potevano eseguire certi lavori se il proprietario non ne aveva prima eseguito altri, questi non poteva nè doveva collocare i pavimenti in legno, nè fornire le porte e gli antiporti prima che i lavori necessari fossero abbastanza inoltrati per permetterne la posa in opera.

Per dimostrare che l'esecuzione del contratto è stata resa impossibile da Pedrioli non basta quindi constatare che questi ha eseguito molto tempo dopo del 15 settembre la posa dei pavimenti ed ha consegnato oltre due mesi dopo porte ed antiporti; bisogna provare inoltre che questi fatti sono, non l'effetto, ma la causa del ritardo nell'esecuzione dei lavori di muratura, bisogna provare cioè che questi erano stati condotti ed eseguiti in modo che la posa dei pavimenti e delle porte avrebbe potuto avvenire in tempo utile, e che non avvenne unicamente per colpa del convenuto; mentre questi

affermò ed afferma che i pavimenti non potevano essere costrutti prima del 20 ottobre perchè non erano ancora ultimati i plafoni e che le porte e gli antiporti non furono consegnati che alla fine di novembre, benchè fossero pronti fino dall'agosto, perchè i lavori di muratura erano così in ritardo che non sarebbe stato possibile porli in opera prima.

Ora non solo una prova siffatta non venne fornita, ma diverse circostanze risultanti dagli atti sembrano rendere più verosimile l'eccezione secondo la quale il ritardo da parte di Pedrioli non sarebbe stato che una conseguenza di quello degli impresari. Una presunzione in questo senso scaturisce dal fatto che questi si sono gelosamente astenuti dal domandare, sia all'architetto Gualzata che ai diversi muratori suppeditati come testi, se i lavori da essi assunti fossero abbastanza inoltrati da permettere la posa dei pavimenti e delle porte prima del 15 settembre. Un'altra risulta dalla circostanza seguente. Nella risposta alla riconvenzionale, Brenni e Soldini avevano affermato che Pedrioli non aveva potuto collocare i pavimenti in tempo utile perchè non aveva ricevuto che in settembre le tavole necessarie. L'istruttoria ha invece dimostrato che esse erano disponibili sino dal 21 luglio, e che trovavansi ammonticchiate al piano terreno, mentre si lavorava ancora alla costruzione dei muri, mentre cioè non era ancora stato collocato il tetto.

Aggiungasi che se la colpa del ritardo incombesse a Pedrioli, se cioè gli impresari avessero eseguito in tempo utile tutti i lavori la cui esecuzione non dipendesse da quelli riservati dal proprietario, la conseguenza necessaria avrebbe dovuto essere una lunga interruzione, dacchè almeno tutti questi lavori avrebbero dovuto essere finiti prima del 15 settembre, mentre gli altri non avrebbero potuto essere ripresi che alla fine d'ottobre od in novembre. Ma gli impresari non hanno mai neppure affermato che tale interruzione inevitabile, data la verità dei fatti da essi allegati, siasi prodotta.

Checchè ne sia di queste presunzioni, basta constatare che Brenni e Soldini non hanno fornita la prova del contrario, perchè la loro eccezione, basata sul disposto dell'art. 181,

debba essere respinta, senza che occorra di esaminare se, omettendo di dare al proprietario l'avviso richiesto dall'art. 356, essi non abbiano senz'altro assunto la responsabilità anche della sua colpa eventuale.

5. Del pari infondata è l'eccezione desunta dall'art. 354 che concede al committente un diritto, ma non gli impone un obbligo. Del resto l'art. 179 C. F. O. dispone espressamente che quando la pena fu stabilita per l'inosservanza del tempo dell'adempimento, essa potrà essere richiesta oltre l'adempimento.

Quanto all'eccezione sollevata nell'atto di duplica sulla riconvenzionale e consistente nel dire che il committente non poteva più esigere la pena, avendo accettato senza riserva l'adempimento del contratto (art. 179, al. 2), il Tribunale federale non ha più ad occuparsene, non essendo stata in oggi riproposta. Essa avrebbe in ogni modo dovuto essere considerata come tardiva di fronte al disposto degli art. 72 e seg. del codice di procedura civile ticinese.

6. Se le considerazioni suesposte dimostrano che la domanda riconvenzionale è fondata in principio, devesi però in pari tempo riconoscere che la pena pattuita nel contratto è eccessiva e che di conseguenza il Tribunale federale può e deve far uso del potere accordatogli all'art. 182 per diminuirla secondo il suo prudente criterio.

Benchè infatti l'art. 180 stabilisca che la pena convenzionale è dovuta anche quando al creditore non sia derivato alcun danno, il criterio per giudicare se la pena pattuita è eccessiva non può desumersi che dall'interesse che il creditore aveva alla regolare e puntuale esecuzione del contratto. Nel caso concreto questo interesse consiste nel valore di locazione della casa costruenda. Secondo le dichiarazioni fatte in oggi dal rappresentante della ditta Brenni e Soldini e non contradette da Pedrioli, il valore capitale di essa è di circa 15 000 fr. Risulta d'altra parte da una dichiarazione fatta dal procuratore dell'impresa davanti il Tribunale di prima istanza, che essa dà un reddito del 10 %. L'annuo canone d'affitto dovrebbe dunque essere di circa 1500 fr., mentre la pena di

20 fr. al giorno pattuita nel contratto corrisponde ad una somma annua di 7800 fr. La sproporzione tra la pena e l'interesse è evidente e eccessiva. Tenuto calcolo delle circostanze, il Tribunale federale ritiene equo di fissare à fr. 750 l'importo complessivo della multa per il ritardo verificatosi.

La somma attualmente dovuta agli attori si riduce così a fr. 3928 44.

Il Tribunale federale

pronuncia:

Il ricorso inoltrato da Giuseppe Pedrioli contro la sentenza del Tribunale di appello del Ticino è ammesso parzialmente e la pretesa della ditta Brenni e Soldini ridotta a 3928 fr. 44 c., oltre all'interesse del 5 % a partire dalla data del libello.

---

39. Urteil vom 26. Februar 1897 in Sachen Flury gegen Steinbruchgesellschaft Ostermundingen.

A. Mit Urteil vom 18. Dezember 1896 hat das Obergericht des Kantons Basellandschaft erkannt: „Das Urteil des Bezirksgerichtes Arlesheim, lautend: Die beklagte Partei wird zur Bezahlung von 2212 Fr. 20 Cts. an die Klagpartei verfällt. Sie trägt die ergangenen ordentlichen Kosten nebst 24 Fr. Vorstandsgebühr an den klägerischen Vertreter, wird bestätigt."

B. Gegen dieses Urteil erklärte der Beklagte rechtzeitig die Berufung an das Bundesgericht, mit dem Antrage, es sei unter Aufhebung des obergerichtlichen Urteils die Klägerin mit ihrer Forderung gänzlich, eventuell soweit sie den Betrag von 2010 Fr. 85 Cts. übersteige, abzuweisen.

Der Vertreter der Klägerin trug auf Bestätigung des angefochtenen Urteils an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Klägerin lieferte dem Beklagten in der ersten Hälfte des Jahres 1881 Steine für die Gesammtsumme von 6376 Fr. 50 Cts. An die Rechnung, die sich durch Nichteinlösung von für dieselbe ausgestellten Wechseln auf 6440 Fr. 90 Cts. erhöht

hatte, bezahlte der Beklagte vom Juni bis August 1881 3340 Fr. 90 Cts., so daß sich die Restforderung noch auf 3100 Fr. belief. Für diesen Restbetrag stellte der Beklagte am 25. Oktober 1881 zu Gunsten der Klägerin drei Eigenwechsel aus, fällig per 15. Dezember 1881, 15. Juni 1882 und 15. Dezember 1882, die jedoch infolge Nichteinlösung durch den Beklagten von der Klägerin, um die Protest- und Retourspesen erhöht, eingelöst werden mußten, und zwar mit 3127 Fr. 65 Cts. Hieran zahlte der Beklagte in zweimalen im Ganzen 1108 Fr. 80 Cts., so daß die Klägerin noch 2010 Fr. 85 Cts. an ihn zu fordern hatte. Inzwischen, am 10. Mai 1883, war über den Beklagten infolge anderweitiger Betreibungen der Konkurs eröffnet worden. Die Klägerin ließ in demselben die genannte Restforderung durch Amtmann Stöcklin eingeben. Dieser machte jedoch folgende Eingabe:

„a. Wechsel 25. Oktober 1881 per 15. Dezember 1881	Fr.	1000	—
Retourspesen	„	8	80
Betreibungskosten	„	4	—
b. Wechsel pro 15. Januar 1882	„	1000	—
Retourspesen	„	8	20
c. Wechsel pro 15. Dezember 1882	„	1000	—
Retourspesen	„	9	85
	Fr.	3030	85

nebst Zins zu 5 % seit Verfall;" er unterließ also die à conto-Zahlung abzuziehen und forderte zudem beim dritten Wechsel 100 Fr. zu wenig. Die Forderung, die in der V. Klasse kollozierte wurde, kam gemäß Kollokationsschein vom 29. Dezember 1883 vollständig zu Verlust. Die Klägerin schrieb hierauf die fraglichen Beträge in ihren Geschäftsbüchern ab. Sie hatte dann keinen Geschäftsverkehr mehr mit dem Beklagten bis zum Jahre 1892, von welchem Zeitpunkte an sie ihm gegen Baarzahlung wieder Steine lieferte. Nachdem sie in Erfahrung gebracht, daß der Beklagte zu neuem Vermögen gekommen sei, betrieb sie ihn im November 1895 in Baselstadt und nachdem sie dort wegen Inkompetenz abgewiesen worden war, im Jahre 1896 in Arlesheim für den Betrag von

3030 Fr. 85 Cts. „laut Auszug aus der Fallimentskollokation Urs Flury, Arlesheim, den 29. Dezember 1883." Der Beklagte erhob Rechtsvorschlag für den ganzen Betrag und ein hiergegen gerichtetes Rechtsöffnungsgesuch wurde wegen Illiquidität der Forderung abgewiesen, worauf die Klägerin den ordentlichen Prozeßweg betrat. Sie fordert in demselben vom Beklagten die Bezahlung von 2212 Fr. 20 Cts., u. K.-F., und spezifiziert diese Summe folgendermaßen:

Ursprüngliche Restforderung	Fr.	2018	85
Verzugszins à 5 % von 1009 Fr., vom 15. Januar 1882 bis 31. Dezember 1883	„	98	80
Verzugszins à 5 % von 1009 Fr., vom 15. Dezember 1882 bis 31. Dezember 1883	„	94	55
	Fr.	2212	20

2. Von den gegen die Klage erhobenen Einreden hält der Beklagte heute zunächst noch diejenige der Verjährung aufrecht. Er stützt dieselbe in erster Linie darauf, durch Ausstellung der Wechsel vom 25. Oktober 1881 sei eine Novation der ursprünglichen Obligation in eine Wechselforderung erfolgt, für welche die dreijährige Verjährungsfrist des Art. 803 O.-R. gelte; nur diese Forderung sei im Konkurse eingegeben worden, und nachdem am 29. Dezember 1883 der Verlustschein ausgestellt worden sei, se diese Wechselforderung gemäß Art. 807 O.-R. am 29. Dezember 1886 verjährt gewesen. Fragt es sich also zunächst, ob die behauptete Novation vorliege, so ist darauf zu verweisen, daß das fragliche Rechtsgeschäft, die Ausstellung der Wechsel, in einen Zeitpunkt fällt, in welchem das Obligationenrecht noch nicht in Kraft getreten war, vielmehr noch kantonales Recht galt; danach ist aber das Bundesgericht an den Entscheid des kantonalen Gerichtes über jene Frage gebunden und eine Überprüfung derselben ausgeschlossen. Allerdings hat das kantonale Gericht sich in dieser Hinsicht auf eidgenössisches Recht, Art. 142 O.-R., berufen. Allein es kann dies in casu doch nicht zur Aufhebung des Urteils und Rückweisung der Sache an die Vorinstanz führen, weil offenbar das eidg. O.-R. in dieser Beziehung mit dem frühern Rechte von Baselland übereinstimmt. Vom Bundesgerichte ist aber,

in Übereinstimmung mit Doktrin und Praxis, mehrfach ausgesprochen worden, daß die Ausstellung eines Wechsels für eine Forderung an sich noch nicht eine Novation der letztern enthalte, vielmehr nur dann, wenn die Parteien dies gewollt und unzweideutig erklärt haben (s. Entsch. des B.-Ger. i. S. Stöcklin gegen Dupré vom 4. Dezember 1896). Eine ausdrücklich hierauf gerichtete Erklärung findet sich in den Akten nirgends, und aus den Umständen kann sie ebensowenig gefolgert werden. Der Novationswille geht auch nicht daraus klar und unzweideutig hervor, daß die Klägerin im Konkurse formell nur die Wechselforderung, nicht die ursprüngliche Forderung eingegeben hat. Mangels anderweitiger Anhaltspunkte muß im Gegenteil angenommen werden, daß die Eingabe der Wechselforderung auch eine Anmeldung der ursprünglichen Forderung enthielt, wie dies das Bundesgericht i. S. Stöcklin gegen Dupré ausgeführt hat. Ist sonach mit der Vorinstanz anzunehmen, daß die ursprüngliche Forderung aus Kauf im Konkurse eingegeben worden ist, so bleibt noch zu untersuchen übrig, ob diese Forderung seither verjährt ist, wie der Beklagte eventuell behauptet und ausführt. In dieser Hinsicht ist zu sagen: Zwar ist richtig, daß die Klägerin vom 29. Dezember 1883 — dem Tage der Ausstellung des Verlustscheins — bis zum November 1895, also mehr als zehn Jahre lang, nichts zur Eintreibung ihrer Verlustforderung gethan hat. Nun fand jedoch der Konkurs über den Beklagten zu einem Zeitpunkte statt, an welchem zwar das eidg. Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz noch nicht in Kraft stand, wohl aber das eidg. Obligationenrecht; nach Art. 157, Abs. 3 des letztern begann die neue Verjährung, nachdem die alte durch Eingabe im Konkurse unterbrochen worden war, mit dem Zeitpunkte, in welchem die Forderung nach dem Konkursrechte wieder geltend gemacht werden konnte. Das maßgebende Konkursrecht ist dasjenige des Kantons Baselland; denn hier war der Wohnsitz des Beklagten, hier wurde der Konkurs gegen ihn durchgeführt. Der Kanton Baselland kennt nun keine gesetzliche Bestimmung darüber, ob ein Gläubiger, der beim Konkurse eines Schuldners zu Verlust gekommen, diesem gegenüber noch forderungsberechtigt ist, doch nimmt die Praxis ein solches Weiterbestehen des Anspruches an, wie aus dem vorliegenden Falle

hervorgeht. Es sind nun folgende Möglichkeiten denkbar: entweder kann der zu Verlust gekommene Gläubiger den Schuldner sofort nach Beendigung des Konkurses wieder belangen, in welchem Falle die Verjährung sofort zu laufen beginnt; oder erst, wenn der Schuldner zu neuem Vermögen gekommen ist, in welchem Falle der Lauf der Verjährung beginnt mit dem Momente der bessern Vermögensstellung oder mit dem Momente der Kenntnis des Gläubigers von demselben, oder endlich, die Forderung ist gänzlich unverjährbar. Wendet man die drei Möglichkeiten auf den vorliegenden Fall an, so gelangt man überall dazu, die Verjährung zu verneinen. Für die letzten zwei Fälle ist dies ohne weiteres klar; aber auch für den ersten, von dem die Vorinstanz ausgeht, ist die Verjährung in casu nicht eingetreten. Denn vor ihrem Ablauf trat am 1. Januar 1892 das eidg. Schuldbetr.- u. Konk.-Ges. in Kraft, und durch dasselbe wurde Art. 157, Abs. 3 O.-R. in der Weise abgeändert, daß die Forderung, die dem bei einer Pfändung oder bei einem Konkurse zu Verlust gekommenen Gläubiger zusteht, unverjährbar erklärt wurde. Nach allgemein anerkanntem Rechtsgrundsatze nun (vergl. z. B. Regelsberger, Pand. I, S. 192 sub III, 1; Windscheid, Pand. I, § 32 Anm. 10; Unger, System des österr. Privatrechts, 4. Aufl., I, S. 147), findet ein Gesetz, welches eine bisher verjährbare Forderung als unverjährbar erklärt, sofort mit dem Momente seines Inkrafttretens auf eine laufende, aber noch nicht vollendete Verjährung Anwendung. Dazu kommt die Vorschrift des Art. 328 Schuldbetr.- u. Konk.-Ges., wonach ein Gläubiger, welcher vor dem 1. Januar 1892 in einem Konkurse zu Verlust gekommen und nach Maßgabe des kantonalen Rechts für den Verlustbetrag noch forderungsberechtigt ist, vom 1. Januar 1892 an den Inhaber eines in Anwendung des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes ausgestellten Verlustscheins rechtlich gleichgestellt wird, so daß also namentlich nach Art. 149 in Verbindung mit Art. 265 eod. seine Forderung unverjährbar wird. Nachdem das kantonale Gericht, wie oben ausgeführt, festgestellt hat, daß der im Konkurse des Schuldners zu Verlust gekommene Gläubiger forderungsberechtigt bleibt, trifft die von Art. 328 B.-Ges. über Schuldbetreibung und Konkurs erforderte Voraussetzung zu. Die Einrede der

Verjährung erscheint somit aus allen Gesichtspunkten als unbegründet.

3. Als zweite Einrede stellt der Beklagte der Klägerin die entgegen, es sei unrichtig, daß er seit Beendigung des Konkurses zu neuem Vermögen gekommen sei; die durch Art. 265 B.-Ges. betr. Schuldbetr. u. Konk. statuierte Voraussetzung einer neuen Betreibung treffe also nicht zu. Allein zur Beurteilung dieser Frage ist das Bundesgericht, wie es i. S. Schroeder gegen Demôle, Urteil vom 27. Juni 1896 (A. Slg., Bd. XXII, S. 448) ausgeführt hat, nicht kompetent, da dies eine Frage rein exekutorischer Natur, nicht eine solche der Rechtsbeständigkeit eines Civilanspruches, ist, und diese Frage niemals den Gegenstand eines Haupturteils im Sinne des Art. 58, Abs. 1 Org.-Ges., bilden kann. Es hat daher in diesem Punkte ohne weiteres bei dem kantonalen Urteile sein Bewenden.

4. Der Beklagte stellt endlich vor Bundesgericht noch den eventuellen Antrag, es sei die Klägerin mit dem für Verzugszinsen geforderten Posten von 193 Fr. 35 Cts. wegen Verjährung abzuweisen, da hierfür eine fünfjährige Verjährungsfrist gelte und diese schlimmsten Falls mit dem 29. Dezember 1888 abgelaufen sei. Diese Einrede ist jedoch vor den kantonalen Instanzen nicht vorgebracht worden und darf daher gemäß Art. 80 Org.-Ges. hierorts nicht gehört werden. Übrigens ist sie auch materiell unbegründet. Die Verzugszinsen, die bis zum Tage des Konkursabschlusses gefordert werden, sind als accessorische Forderung mit der Hauptforderung unverjährbar geworden, da alle rechtlichen Bestimmtheiten der Hauptverbindlichkeit ohne weiteres auch die Zinsverbindlichkeit ergreifen (Windscheid, Pand. II, § 259, Anm. 11).

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Berufung des Beklagten wird als unbegründet erklärt und demgemäß das Urteil des Obergerichts des Kantons Basellandschaft in allen Teilen bestätigt.

40. Urteil vom 26. Februar 1897 in Sachen Bernhard gegen Moser.

A. Mit Urteil vom 23. Oktober 1896 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich erkannt: Der Beklagte ist verpflichtet, der Klägerin 2000 Mark nebst Zins à 5 % seit 15. August 1895 effektiv oder zu dem zur Zeit der Zahlung geltenden Tageskurs in Franken zu bezahlen.

B. Gegen dieses Urteil erklärte der Beklagte rechtzeitig die Berufung an das Bundesgericht. Er beantragte, die Klage sei abzuweisen.

Der Vertreter der Klägerin trug auf Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der in Zürich domizilierte Beklagte Alois Bernhard besitzt daselbst ein Geschäft, das er als Bank bezeichnet, und von dem er u. a. eine Zweigniederlassung in Frankfurt a. M. hat. Im Jahre 1895 betrieb er unter dem Namen „Internationale Serienlos-Gesellschaften" folgendes neue Unternehmen: Er lud zur Beteiligung an Losen gemäß einem Verlosungsplane ein. Nach diesem Plane sollten jährlich 12 Ziehungen stattfinden, je am 1. jeden Monats; die Ziehungen betrafen Prämienserienlose deutscher und österreichischer Eisenbahn- und Staatsanleihen. Die Lose waren in 100 Anteile geteilt. Die Teilnehmer konnten sich für das ganze Jahr beteiligen, gegen einen Jahresbeitrag von 120 Mark, oder für eine, „je eine abgeschlossene Kontopost bildende", Ziehung pro Monat, gegen Erlegung von 10 Mark, sowie für verschiedene Monate; auf Wunsch wurden auch Halbmonats- und Viertelmonatsanteile ausgegeben. Die Zahlung des Beitrages berechtigte jeweilen zur Teilnahme an der nächstfolgenden Ziehung. In Prospekten und Zeitungsinseraten machte der Beklagte für sein neues Unternehmen Reklame. Die sich Anmeldenden erhielten einen Anteilschein, der den Prospekt, sowie den Verlosungsplan enthielt; auf letzterm waren die für jeden Monat in das Unternehmen eingeschlossenen Ziehungen und die bezüglichen Treffer angegeben. Dem Verlosungsplane waren „Bestimmungen", « conditions »,

beigedruckt, aus denen folgendes hervorzuheben ist: „Große Gewinne werden ohne weiteres, die kleinsten Treffer (Amortisationsbeiträge) . . . . nur auf besondern Wunsch sofort nach Fälligkeit ausbezahlt, der Schlußsaldo dagegen nach Ablauf der letzten mitgemachten Ziehung gegen Rückgabe der Belege und Berechnung der sämtlichen fälligen Netto-Ergebnisse . . . ." „Da das Eigentumsrecht an den zugeteilten Losen in hundert Teile geteilt ist" (« la co-propriété dans les 12 obligations à primes énumérées est divisée en cent parts »), kann jeder Beteiligte auf Grundlage einer ganzjährigen Beteiligung bis ca. 20 000 Mark gewinnen, aber sogar im ungünstigsten Falle erhält er wieder ca. 40 % des Einsatzes". — Die Zustellung der bankseitig freigewählten angekauften Original-Nummern oder Ersatz nach bankseitiger Verfügung rechtzeitig zu jeder Ziehung, wie die gesamte Weiterbedienung geschieht nur direkt durch die Geschäftsstelle der Firma, wo man bestellt hat." — Jeder Teilnehmer erhielt ferner einen „Nummern-Schein", wodurch ihm bescheinigt wurde, er habe an der betreffenden Prämien-Ziehung Anteil an einem (nach Serie und Nummer bezeichneten) Lose.

Mit Brief vom 9. Februar 1895 aus Bergzell, Großherzogtum Baden, ersuchte die Klägerin die Frankfurter Filiale des Beklagten um Zustellung eines Loses zu 10 Mark, und erhielt darauf gegen Nachnahme den Anteilschein Contr.-Nr. 4816 G, sowie einen Nummernschein zur Ziehung vom 1. Juni 1895. Diese Ziehung betraf die badischen 100 Thaler-Lose, und es wurde ihr ein Anteil an Serie 1853 Nr. 92,603 zugesichert. Es handelt sich um die vom Großherzogtum Baden im Jahre 1867 mitti erte Eisenbahn-Prämienanleihe von 36,000,000 Mark, in Stücken von 100 Thalern oder 300 Mark, eingeteilt in 2400 Serien à 50 Stücke, sie ist à 4 % verzinslich, laut Verlosungsplan in jährlichen Ziehungen spätestens bis 1917 gänzlich zu tilgen, in der Weise, daß die Niete stets den Nominalbetrag (100 %) erreicht, im weitern aber beträchtliche, durch Verlosung zu verteilende Gewinne versprochen sind (Saling, Börsenpapiere, II. Teil, S. 89).

Bei der Ziehung vom 1. Juni 1895 fiel auf die in Frage stehende Nr. 92,603 der Hauptgewinn von 300,000 Mark. Der Beklagte kassierte diese Summe ein.

Mit Urteil der III. Strafkammer des Landesgerichtes Frankfurt a. M. vom 31. Mai 1895 war jedoch der Beklagte „wegen Veranstaltung öffentlicher Lotterien ohne obrigkeitliche Erlaubnis“ zu einer Geldstrafe von 1000 Mark, im Unvermögensfalle zu 100 Tagen Gefängnis, verurteilt worden, und zwar gerade wegen des Betriebes der „Internationalen Serienlos-Gesellschaften“. Daraufhin erließ er ein Cirkular an seine „Komittenten“, worin er erklärte, nach diesem Urteile sei das ganze Geschäft als ein ungesetzliches zu betrachten und jeder Anspruch daraus nichtig. Er habe indeß beim Reichsgericht zur Wahrung seines und seiner Kommittenten Interesse die Revision angemeldet, und werde, im Falle der Freisprechung, den ganzen Trefferbetrag, „unter Abzug der annähernd entstandenen Kosten“, ausbezahlen, im Falle der Bestätigung des Urteils sei er bereit, wenigstens einen größern Betrag der Treffersumme auszubezahlen. Er machte sich ferner anheischig, den ganzen Trefferbetrag bis zum Erscheinen des Urteils des Reichsgerichts zu hinterlegen.

Die Klägerin erlangte auf dieses Cirkular vom Beklagten im September 1895 den Betrag von 1000 Mark; die restierenden 2000 Mark hat der Beklagte im Oktober 1895 bei der Bank- und Handelsgesellschaft in Zürich deponiert.

Das Reichsgericht wies mit Urteil vom 4. November 1895 die gegen das landgerichtliche Urteil ergriffene Revision ab.

Da der Beklagte die Auszahlung der deponierten 2000 Mark verweigerte, belangte ihn die Klägerin im Prozeßweg vor dem Handelsgericht des Kantons Zürich, indem sie im wesentlichen ausführte, die Klage sei begründet aus dem Gesichtspunkte des Miteigentums, welches die Klägerin gemäß den Vertragsbestimmungen am Treffer erworben und wobei der Beklagte lediglich für sie den Besitz ausgeübt habe; weiterhin als Klage aus Mandat, indem der Beklagte sich durch den Vertrag zur Auszahlung des Gewinnanteils verpflichtet habe, endlich, sofern der Beklagte einzelne Losanteile für sich zurückbehalten habe, als Klage aus Gesellschaft.

Der Beklagte begründete seinen Antrag, der auf Abweisung der Klage ging, folgendermaßen: Bei dem ganzen Geschäfte handle es sich um eine unerlaubte Lotterie, somit um ein verbotenes Rechtsgeschäft, aus dem kein Civilanspruch entstehe. Davon, daß

die Parteien an Miteigentum gedacht, sei keine Rede; vielmehr sei nur die Hoffnung auf Gewinn das Motiv des Vertragsabschlusses gewesen. Von Mandat oder Societät könne wegen der Spielnatur des Geschäftes keine Rede sein. Die Klage sei auch speziell gestützt auf Art. 515 und 516 O.-R. abzuweisen. Es handle sich um ein in der Schweiz unerlaubtes Promessengeschäft.

Die Klägerin führte replikando aus, die Veranstaltung der „Serienlos-Gesellschaften" durch den Beklagten enthalte keine Lotterie; für die Frage, ob das Geschäft erlaubt sei, sei schweizerisches Recht anwendbar, danach sei die Klage aber zu schützen, da weder Art. 515 noch Art. 516 O.-R. auf den Fall zutreffen. Ein Promessengeschäft liege nicht vor.

Das Handelsgericht des Kantons Zürich ist bei seinem eingangs mitgeteilten Urteile von folgenden Erwägungen ausgegangen: Auf den Vertrag an sich sei das Recht von Frankfurt a. M. anwendbar, als des Erfüllungsortes. Soweit es sich jedoch darum handle, daß dem eingeklagten Anspruche nach schweizerischem Rechte aus öffentlich rechtlichen Gründen kein Recht gehalten werden dürfe, sei das schweizerische Recht maßgebend; nach diesem sei zu untersuchen, ob das fragliche Geschäft hier verboten sei. Von Anwendung des Art. 516 O.-R. nun könne keine Rede sein, da dieser nur auf die Fälle Bezug habe, wo der Vertrieb der in Frage stehenden Lose in der Schweiz stattgefunden habe. In Betracht komme also nur Art. 515 eod. Das fragliche Unternehmen sei nun allerdings als Lotterieunternehmen zu betrachten. Verboten sei das Geschäft nach dem Anwendung findenden zürcherischen Recht nicht, dagegen könnte es sich fragen, ob die Behörde desjenigen Staates, wo das Unternehmen seinen Sitz habe, die Bewilligung erteilt habe. Nun erscheine aber die Stellung des Beklagten bei dem fraglichen Lotteriegeschäfte gar nicht als diejenige des Lotterieunternehmers, sondern als diejenige des Lotterieagenten oder Kollekteurs, und auf diesen finde Art. 515 O.-R. gar nicht Anwendung. Sei sonach noch zu untersuchen, ob der eingeklagte Anspruch nach dem maßgebenden Rechte von Frankfurt a. M. entstanden sei, so müsse diese Frage bejaht werden, indem ein Verbot derartiger Geschäfte weder durch ein spezielles Gesetz noch durch allgemeine Rechtsgrundsätze aufgestellt sei, und

der zwischen den Parteien abgeschlossene Vertrag am ehesten als Mandat, und zwar als Einkaufskommission, aufzufassen sei, wobei der Klägerin auch für den Fall, daß die Zusicherung von Miteigentum an den Losen nicht dem wahren Parteiwillen sollte entsprochen haben, gemäß Art. 360, Schlußsatz, O. H.-G.-B. der Anspruch auf Rückerstattung desjenigen zustehe, was der Beklagte als Kommissionär aus dem Geschäfte empfangen habe, d. h. des vom ihm einkassierten Gewinnes; diese Verpflichtung sei überdies durch die Vertragsbedingungen ausdrücklich bestätigt.

2. Das Bundesgericht ist zu Beurteilung der vorliegenden Beschwerde nur insoweit kompetent, als dieselbe auf unrichtige Anwendung des eidgenössischen Rechtes gestützt wird (Art. 56 Org.-Ges.). Auf den zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrag, zur Entscheidung der Frage, welche rechtliche Natur diesem Vertrage zukomme, hat die Vorinstanz das in Frankfurt a. M. geltende, also ausländisches, Recht angewandt, und es fragt sich in dieser Hinsicht nur, ob dies dem Sinne und Geiste des Obligationenrechts, bezw. richtigen Grundsätzen des internationalen Privatrechts entspreche, eine Prüfung, welche dem Bundesgericht selbständig zusteht. Diese Frage ist zu bejahen. Nach konstanter Praxis des Bundesgerichts, die in Übereinstimmung mit den obersten Gerichtshöfen anderer Länder und im Einklange mit der in der Doktrin überwiegend vertretenen Auffassung steht, ist die Frage der rechtlichen Natur und der Wirksamkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte nach demjenigen Rechte zu beurteilen, welches die Parteien beim Geschäftsabschlusse entweder wirklich als maßgebend betrachteten, oder dessen Anwendung sie nach den Umständen erwarten konnten und mußten (bundesger. Entsch., Bd. XI, 364 E. 7; XVI, 795 E. 3; XVII, 645 E. 3; XX, 76 E. 3; XXI, 98 E. 3). In concreto nun hatte die Klägerin auch schon zur Zeit des Vertragsabschlusses ihren Wohnsitz im Großherzogtum Baden; sie bestellte das Los bei der in Frankfurt a. M. befindlichen Filiale des Beklagten; dort leistete sie auch ihre Einzahlung; gemäß den dem Anteilscheine beigedruckten „Bestimmungen" hatte diese Filiale die gesamte Weiterbedienung zu besorgen, und unter „Bedienung" ist, wie die Vorinstanz richtig bemerkt, in der Börsensprache namentlich auch die Leistung der aus einem Werttitel geschuldeten

Zahlungen zu verstehen. Danach war Frankfurt a. M. sowohl der Ort des Geschäftsabschlusses, als auch namentlich der Erfüllungsort für den Beklagten; die Parteien haben sich also dem dort geltenden Rechte unterworfen, und die Vorinstanz hat den Vertrag mit Recht nach den dortigen Gesetzen beurteilt. Das Bundesgericht ist somit an sich nicht kompetent, die Frage der rechtlichen Natur und der Rechtswirkungen des zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrages zu überprüfen.

3. Nun behauptet aber der Beklagte (der auf den Vertrag an sich ebenfalls ausländisches Recht angewendet wissen will), es stehe der Rechtswirksamkeit des Vertrages in der Schweiz ein zwingender Satz eidgenössischen Rechtes entgegen, nämlich Art. 515 O.-R. (auf Art. 516 O.-R., den der Beklagte vor der kantonalen Instanz noch angerufen hatte, stützt er sich heute nicht mehr). Soweit dieser Rechtssatz in Frage steht, ist das Bundesgericht zur Beurteilung der Berufung zuständig; es ist demnach zu untersuchen, ob dieser Rechtssatz auf den vorliegenden Fall Anwendung findet.

4. Zunächst ist richtig, daß eine gesetzliche Vorschrift, welche bestimmt, aus gewissen Geschäften entstehe keine Forderung, zwingenden Rechts ist und eine Schranke für die Anwendbarkeit des an und für sich anzuwendenden ausländischen Rechtes bildet; denn eine solche Vorschrift beruht auf Gründen der öffentlichen Ordnung (vgl. Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, 2. Aufl., Bd. I, § 33, Anm. 6, S. 206; Gierke, Handbuch des deutschen Privatrechts I, § 25, Anm. 18, S. 214; v. Bar, Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts, 2. Aufl., Bd. II, S. 6 f., 36 ff., spez. S. 35, Anm. 7 a, und Lehrbuch des internationalen Privatrechts, § 6, S. 247; Regelsberger, Pand. I, § 40, Anm. 7, S. 166).

5. Fragt es sich sonach, ob der vom Beklagten angerufene Art. 515 O.-R. auf den vorliegenden Fall zutrifft, so ist zu sagen: Nach diesem Artikel ist der Lotterievertrag in der Schweiz nur unter der Voraussetzung klagbar, daß die Lotterieunternehmung von der zuständigen Behörde bewilligt worden ist. Nun ist, wie in Erwägung 2 ausgeführt, die Frage der rechtlichen Natur und der von den Parteien gewollten Wirkungen des Geschäftes, also

insbesondere auch die Frage des Eigentumsüberganges an dem Lose, nach dem in Frankfurt a. M. geltenden Rechte zu beurteilen; die diesfällige Auslegung der Vorinstanz ist daher für das Bundesgericht bindend. Die Vorinstanz aber stellt fest, daß die Willensmeinung der Kontrahenten auf Erteilung eines Mandates, und zwar speziell einer Einkaufskommission im Sinne des Art. 360 D. H.-G.-B. gegangen sei, und folgert hieraus im weitern, nach den ausdrücklichen Vertragsbestimmungen, wodurch der Klägerin das Miteigentum an dem zu erwerbenden Lose zu der auf sie entfallenden Quote zugesichert worden sei, sei anzunehmen, der Beklagte als Kommissionär habe das Kommissionsgut sofort und ohne Übergabe für den Kommittenten besessen, es sei in diesem Sinne ein constitutum possessorium für die Klägerin begründet worden. Eventuell stellt sich das Handelsgericht auf den Standpunkt, nach Art. 360 (sollte heißen 361) D. H.-G.-B. habe die Klägerin, als Kommittentin, einen Anspruch auf Rückerstattung desjenigen, was der Beklagte als Kommissionär aus dem Geschäfte empfangen habe, d. h. des von ihm einkassierten Gewinnes, und diese Verpflichtung sei überdies durch die Vertragsbedingungen ausdrücklich bestätigt.

Die vom Bundesgericht selbständig zu entscheidende Frage ist somit die: erfüllt dieses von den Parteien gewollte Geschäft den Begriff des Lotterie-Geschäftes im Sinne des Art. 515 O.-R.? Hierüber ist zu bemerken: Das O.-R. selber enthält keine Definition des Begriffes „Lotterievertrag" oder „Lotteriegeschäft"; maßgebend ist daher die Begriffsbestimmung der Rechtswissenschaft. Danach aber ist Lotterievertrag derjenige zweiseitige Vertrag, bei dem sich der eine Kontrahent, der Lotterieunternehmer, unter bestimmten Bedingungen zur Zahlung eines Gewinnes an den andern Kontrahenten, den Lotteriespieler oder Teilnehmer, dieser dagegen unbedingt zur Zahlung einer fixen Geldsumme, des Einsatzes verpflichtet (vgl. Holtzendorff, Rechtslexikon, s. v. „Lotterie"; Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, 2. Aufl., Bd. III, § 175; Cohn, in Endemann's Handb. d. Handelsrechts, 1. Aufl., Bd. III, S. 138). Von diesen Begriffsmerkmalen des Lotterievertrages nun trifft auf das zwischen den Parteien abgeschlossene Geschäft keines zu. Die Parteien wollten vielmehr, wie die Vor-

instanz verbindlich ausgeführt, ein ganz anderes Geschäft. Von einer Anwendbarkeit des Art. 515 O.-R. kann daher keine Rede sein.

6. Fraglich könnte endlich in letzter Linie noch sein, ob der zwischen den Parteien abgeschlossene Vertrag gemäß Art. 17, O.-R. ungültig sei; denn auch dieser Artikel ist, gleichwie Art. 515 eod., zwingenden Rechts. Allein, wie das Bundesgericht in einem analogen Falle, wo es sich um einen Gesellschaftsvertrag behufs gemeinsamen Erwerbes von Losen handelte, ausgeführt hat (i. S. Hasler, Entsch. d. B.-G. X, S. 563 ff.) kann hiervon keine Rede sein. Im vorliegenden Falle folgt zunächst aus den rechtlichen Feststellungen der Vorinstanz, an welche das Bundesgericht gebunden ist, daß das Geschäft nach deutschem Rechte nicht verboten ist, indem weder das deutsche Reichsgesetz vom 8. Juni 1871 betreffend die Inhaberpapiere mit Prämien, welches in gewissem Sinne für den Handel mit derartigen Prämienlosen ein Verbot unter Strafandrohung statuiert, hier Anwendung findet, noch der Beklagte nachgewiesen hat, daß die preußische Gesetzgebung ein derartiges Verbot enthält. Ebensowenig kann von einer unsittlichen Leistung gesprochen werden, da der Erwerb von Lotterielosen an und für sich keine Unsittlichkeit involviert (vgl. Entsch. d. B.-G. a. a. O. X, 567). Daß endlich die im Vertrage stipulierte Leistung des Beklagten natürlich und juristisch möglich ist, leuchtet ohne weiteres ein. Der Fall liegt ganz analog dem in Ullmers Komm. zum zürch. privatrechtl. Ges.-Buch Nr. 2306 angeführten; hier wie dort ist der Mandatar, der in Ausführung des Mandates den Gewinn einkassiert hat, zur Auszahlung desselben verpflichtet; die Weigerung der Auszahlung ist vertragswidrig und verstößt wider Treu und Glauben.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Berufung des Beklagten wird als unbegründet erklärt und demgemäß das Urteil des Handelsgerichtes des Kantons Zürich vom 23. Oktober 1896 in allen Teilen bestätigt.

41. *Arrêt du 6 mars 1897 dans la cause Olivet contre Bousser.*

La Société en commandite Gustave Olivet et Cie, inscrite au registre du commerce le 13 avril 1891, exploitait, à Genève une usine soit fabrique d'appareils électriques, installée à Plainpalais, Chemin du Mail, 6 et 7. Elle se composait du demandeur Gustave Olivet, seul associé gérant, et de deux commanditaires peu importants. Elle avait comme employé principal le défendeur au procès actuel, Franz Bousser, électricien.

Cette Société avait adopté comme enseigne, ou titre, sur la porte d'entrée et en tête de ses lettres, factures, prospectus, etc., la dénomination d' « Industrie genevoise d'électricité. »

La Société G. Olivet et Cie fut dissoute le 15 février 1894, et radiée du registre du commerce. Le sieur Jules Christin, arbitre de commerce et régisseur, fut chargé de la liquidation, à l'exclusion de toute autre personne, et inscrit en cette qualité au registre du commerce.

Par acte sous seing privé du 30 mars 1894, le liquidateur Christin conclut avec Franz Bousser une convention par laquelle il lui louait la plus grande partie des locaux de l'ancienne Société, lui vendait une partie des machines, avec droit de se servir de l'outillage, et lui concédait divers autres avantages. Bousser, de son côté, prenait à sa charge les ouvriers et autres frais d'exploitation.

Le même jour, 30 mars 1894, G. Olivet et F. Bousser convenaient verbalement de s'associer et de fonder une nouvelle maison, sur la base d'une participation égale aux charges et aux bénéfices. Bousser s'engageait à apporter à cette nouvelle maison le contrat de bail qu'il venait de passer avec le liquidateur de G. Olivet et Cie. Le contrat définitif devait être stipulé pour le 1er mai 1894. Provisoirement les affaires seraient faites au nom de Bousser, et les avances de

fonds par moitié. Ces divers arrangements furent confirmés par échange de lettres le 30 mars 1894.

La Société de fait ainsi formée entre Olivet et Bousser entra en activité, mais le contrat définitif ne fut jamais régularisé. La Société ne fut, en outre, jamais inscrite au registre du commerce, et elle fut dissoute par convention sous seing privé du 30 juin 1894.

Dans cet acte, il est d'abord rappelé que Olivet et Bousser avaient arrêté les bases d'une Société à intervenir entre eux pour l'exploitation de l'établissement de l'industrie électrique de l'ancienne maison G. Olivet et Cie, puis les parties conviennent de ce qui suit :

L'association de fait est dissoute et il ne sera pas donné suite au projet d'association régulière. Bousser reprend seul à ses risques et périls la suite des affaires de cette association. Il sera donc dès ce jour seul propriétaire de l'établissement social, comprenant droit au bail des locaux, agencement, outillage, matières premières et marchandises de toute nature; il exécutera seul les commandes faites à la Société jusqu'à ce jour. Olivet fait, sans réserve aucune, l'abandon complet à Bousser de tout ce qu'il a personnellement apporté dans la Société de fait présentement dissoute, et généralement de tous les droits quelconques qu'il peut avoir dans l'actif social. Comme correspectif, Bousser s'engage à payer à Olivet, le 15 juillet prochain, une somme de 4000 fr., et se charge de payer les sommes qui peuvent être dues par la Société. Une clause additionnelle porte : « G. Olivet n'entend point donner à F. Bousser le droit de prendre le titre de successeur de Gustave Olivet et Cie. »

Pendant que s'opérait la dissolution de la Société de fait, soit le 27 juin 1894, Bousser concluait avec le liquidateur Christin un second contrat par lequel celui-ci lui cédait le bail des autres locaux et ateliers situés Chemin du Mail, 7, à Plainpalais, que l'ancienne Société tenait d'un sieur P. Collon.

Depuis le 30 juin 1894, Bousser a exploité seul son industrie sous son nom personnel et sous le titre d' « Industrie genevoise d'électricité. » Il fit inscrire sa maison le 9 juil-

let 1894 au registre du commerce sous la dénomination « Fabrique d'appareils et machines électriques, » avec le sous titre de « Industrie genevoise d'électricité. »

En outre Bousser s'annonçait à la clientèle par une circulaire datée du 1er juillet 1894, par laquelle il informait les clients qu'ensuite de la liquidation de la maison Gustave Olivet et Cie, il venait de reprendre son matériel, son personnel, ses ouvriers et ses locaux, et il priait, afin d'éviter les confusions, d'adresser les correspondances à « M. F. Bousser, Industrie genevoise d'électricité, 6 et 7, Chemin du Mail, à Genève. »

L'entête de cette circulaire, ainsi que les têtes de lettres employées par Bousser, portaient « Industrie genevoise d'électricité, F. Bousser, 6 et 7, Chemin du Mail, Plainpalais. »

Dans le courant de l'année 1895, G. Olivet se décida à exercer de nouveau l'industrie de l'électricité; le 19 juillet de dite année intervint entre lui et le liquidateur Christin une convention sous seing privé par laquelle Christin cédait et vendait à M. Gustave Olivet la suite des affaires et la clientèle de la maison Gust. Olivet et Cie, ainsi que tous les titres et sous-titres portés par la dite maison. « En conséquence, poursuit l'acte, G. Olivet aura seul le droit de porter les titres et sous-titres, et de s'intituler successeur de G. Olivet et Cie. Cette vente est faite en contre-valeur des travaux exécutés par M. G. Olivet pour la Société G. Olivet et Cie pendant sa liquidation. »

A la date du 1er octobre 1895, G. Olivet lança une circulaire intitulée : « Industrie genevoise d'électricité, Gustave Olivet, 5, Boulevard de Plainpalais » et qui contient entre autres les passages suivants :

« Ayant repris seul la suite des affaires de mon ancienne maison (Gust. Olivet et Cie), je viens d'ouvrir un magasin d'exposition au Boulevard de Plainpalais N° 5 où sont également transférés mes bureaux et ateliers.... En vous adressant à ma maison, vous serez assuré d'une exécution prompte et soignée, car elle a conservé le meilleur de son personnel, et

s'est toujours acquittée des travaux qui lui étaient confiés à la satisfaction absolue des clients, etc. »

Le 2 décembre 1895, Gustave Olivet se fit inscrire au registre du commerce comme suit :

« Le chef de la maison Gustave Olivet, recommencée en février 1894, est Gustave-Francis Olivet, de Genève, domicilié aux Eaux-Vives. Genre d'affaires : Fabrication et installations d'appareils électriques en tous genres. Locaux : Boulevard de Plainpalais 5, et rue de la Bourse. »

Au pied de la copie de cette inscription produite au dossier des demandeurs se trouve la note explicative ci-après, sous la date du 3 février 1897 :

« Le secrétaire soussigné ajoute que le mot *recommencée*, relatée ci-dessus, indique simplement que le sieur G. Olivet avait déjà été inscrit comme associé gérant responsable de la Société en commandite G. Olivet et Cie, société dissoute le 15 février 1894 et ne subsistant plus que pour sa liquidation. »

Auparavant déjà, un exploit introductif d'instance, du 15 novembre 1895, avait été notifié à Bousser à la requête de 1° Gustave Olivet, tant en son nom personnel que comme étant aux droits de la Société G. Olivet et Cie en liquidation, et 2°, en tant que de besoin, M. J. Christin, agissant en sa qualité de liquidateur de la Société Gust. Olivet et Cie en liquidation.

Dans cet exploit les demandeurs exposaient que Bousser s'était emparé et se servait sans droit, sur les enseignes, têtes de lettres, factures, enveloppes, etc., du sous-titre « Industrie genevoise d'électricité, » lequel appartenait à la Société G. Olivet et Cie, soit aux requérants, ses ayants droit, au préjudice desquels Bousser commettait ainsi un acte de concurrence déloyale ; qu'en outre Bousser avait envoyé des circulaires rédigées de façon à laisser supposer aux tiers qu'il était le successeur de la maison Gust. Olivet et Cie ; que ces agissements avaient causé un préjudice considérable aux requérants. Les demandeurs invoquaient l'art. 50 C. O. et concluaient à ce qu'il plût au tribunal :

« 1° Condamner Bousser à supprimer immédiatement sur ses enseignes, têtes de lettres, enveloppes, factures et papiers de commerce le sous-titre de « Industrie genevoise d'électricité » et ce à peine de vingt francs de dommages-intérêts par jour de retard.

» 2° Prononcer que la dénomination ci-dessus était la propriété exclusive des requérants ; en conséquence, faire très-expresse défense au cité de l'utiliser à l'avenir.

» 3° Condamner en outre Bousser à payer aux requérants avec intérêts de droit la somme de 3000 fr. à titre de dommages-intérêts et aux dépens.

Bousser répondit, par notification du 28 novembre 1895, par le dilemme suivant : Ou bien le titre « Industrie genevoise d'électricité » n'était pas susceptible d'appropriation particulière, ou bien il appartenait à Bousser, qui l'avait pris régulièrement et inscrit au registre du commerce. Dans les deux cas la demande est mal fondée.

Après l'échange de diverses écritures, les parties comparurent le 23 avril 1896 devant la Chambre commerciale du tribunal de commerce de Genève, où elles firent valoir leurs moyens et prirent leurs conclusions définitives.

Les demandeurs Olivet et Christin alléguèrent entre autres :

En fait : la dénomination « Industrie genevoise d'électricité » est la proprieté exclusive de la Société G. Olivet et Cie. Bousser s'est emparé sans droit de ce sous-titre, et l'a utilisé dans le but évident de faire croire au public et aux clients de l'ancienne maison G. Olivet et Cie, qu'il a succédé à celle-ci. Il a poursuivi le même but par d'autres actes de concurrence déloyale, notamment par les énonciations de sa circulaire du 1er juillet 1894, par des articles-réclames tendant à accentuer la confusion entre sa maison et l'ancienne maison Olivet et Cie, il reçoit même des commandes adressées à « l'Industrie genevoise d'électricité, successeur G. Olivet et Cie. »

En droit : G. Olivet est aux droits de l'ancienne maison Gust. Olivet et Cie, par suite de cession de la part du liquida-

teur, qui se joint du reste à sa demande. La dénomination « Industrie genevoise d'électricité, » propriété de la Société Gust. Olivet et Cie, faisait partie de l'actif, et avait été valablement cédée par la liquidation à G. Olivet. Bousser, en se servant de cette dénomination, commet un acte de concurrence déloyale, aggravée par le fait qu'il était autrefois employé de la maison G. Olivet et Cie. Olivet et Christin, loin d'avoir jamais cédé leur droit à Bousser, ont protesté au contraire contre les agissements de celui-ci, lequel n'a pas le droit de se dire successeur de G. Olivet et Cie, qualité qu'il cherche à usurper par des manœuvres illicites et déloyales, grâce auxquelles il a obtenu des commandes qui, sans cela, auraient été confiées au demandeur G. Olivet. Par ces motifs les demandeurs maintiennent, en portant toutefois à 5000 fr. la somme des dommages-intérêts par eux réclamés, les conclusions de leur exploit introductif d'instance.

Bousser, de son côté, fit valoir les moyens de défense suivants: G. Olivet et Cie n'ont jamais fait inscrire au registre du commerce la dénomination « Industrie genevoise d'électricité. » Depuis sa dissolution, la Société G. Olivet et Cie s'est bornée à la liquidation de ses affaires. Par la convention qu'il a conclue avec le liquidateur, Bousser a repris en réalité la suite des affaires de cette Société; en outre G. Olivet et Bousser ont été associés de fait en vue de continuer à exploiter l'établissement en liquidation. Dans la convention qui a mis fin à cette association de fait, G. Olivet a abandonné à Bousser, pour la somme de 4000 fr., tous ses apports et tous ses droits dans l'avoir social. Pendant la durée de l'association de fait, du 30 mars au 30 juin 1894, Bousser a employé, du consentement du demandeur, le sous-titre « Industrie genevoise d'électricité » qu'il a inscrit plus tard au registre du commerce; il l'a employé depuis au su et au vu d'Olivet, sans opposition de sa part, jusqu'au moment où celui-ci a fondé une nouvelle maison d'électricité à Plainpalais, soit jusqu'au 1er octobre 1895. Il ne peut donc être question d'actes de concurrence déloyale de la part de Bousser envers une maison qui n'existait plus et qui ne peut plus être pro-

priétaire de la dénomination litigieuse. En tout cas, même à supposer que le liquidateur et Olivet eussent conservé des droits sur ce sous-titre il les ont cédés à Bousser par les actes du 30 mars 1894, et du 30 juin suivant. Bousser s'attache en outre à combattre les autres griefs avancés par le demandeur et fondés sur d'autres prétendus actes de concurrence déloyale. Il estime que c'est bien plutôt Olivet qui lui a fait une concurrence déloyale, notamment en alléguant faussement et contrairement aux conventions, dans sa circulaire du 1er octobre 1895 susmentionnée, qu'il a repris seul la suite des affaires de son ancienne maison et qu'il a conservé le meilleur de son personnel.

Le défendeur concluait à ce qu'il plût au tribunal débouter Olivet et Christin de toutes conclusions, les condamner aux dépens et dire que Bousser avait seul le droit de se servir de la raison sociale complète dont il avait fait l'inscription au registre du commerce en juillet 1894 déjà, et faire défense à Olivet d'en faire usage.

Par jugement du 23 avril 1896, le tribunal de première instance a débouté les demandeurs de leurs conclusions et les a condamnés aux dépens. Ce jugement se fonde principalement sur le fait que Bousser avait pu se croire autorisé à employer la mention « Industrie genevoise d'électricité » ensuite des conventions qu'il avait conclues avec Christin et Olivet ; sur le fait qu'il succédait à la Société G. Olivet et Cie dans l'usage des locaux employés par celle-ci, et, enfin, sur le motif que cette désignation, après la cessation de l'industrie de la maison Olivet et Cie, était retombée dans le domaine public par suite de non usage.

Les demandeurs interjetèrent appel devant la Cour de justice civile, laquelle statua en la cause par arrêt du 19 décembre 1896. Devant cette Cour, les demandeurs, après avoir fait remarquer que le tribunal de première instance n'avait prononcé que sur la question de la dénomination litigieuse, en passant sous silence les autres actes de concurrence déloyale par eux allégués, ont repris leurs moyens et conclusions.

Bousser a conclu de son côté à la confirmation du jugement dont est appel, avec dépens.

L'arrêt attaqué a confirmé le jugement de première instance, et a condamné les appelants aux dépens. Il s'appuie, en substance, sur les motifs ci-après :

La seule question soumise à l'examen de la Cour est celle de savoir si Olivet et Christin ont le droit d'interdire à Bousser l'usage du titre « Industrie genevoise d'électricité. » En fait, cette dénomination avait été adoptée par la Société Gust. Olivet et Cie ; ce titre est susceptible d'appropriation, conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, et la Société Gust. Olivet et Cie est fondée en principe à s'opposer à ce qu'il en soit fait usage à son préjudice et sans son consentement, à moins qu'elle ne l'ait elle-même cédé. En droit Olivet a cédé à Bousser, par l'acte du 30 juin 1894, tous les droits dans la Société de fait. Cette cession comprenait le droit à l'usage de la désignation. Dès lors, Olivet a le devoir de garantir Bousser contre toute éviction, en vertu de l'art. 235 C. O., que cette éviction provienne de lui-même, Olivet, ou de Christin, car Olivet ne peut pas, comme cessionnaire d'un tiers (Christin, soit Olivet et Cie), prétendre à la propriété d'une chose dont il est lui-même tenu de garantir la propriété à son propre cessionnaire.

D'autre part, Christin ayant cédé tous ses droits à Olivet, n'a plus d'action pour revendiquer la dénomination cédée. Dans la commune intention des parties, la Société établie le 30 mars 1894 entre G. Olivet et Bousser devait succéder à tous les droits de la Société Olivet et Cie, et notamment à ceux à la dénomination d'« Industrie genevoise d'électricité, » et, en effet, l'exploitation a continué dans les mêmes locaux, sous la même enseigne portant cette dénomination. Par l'acte du 30 juin 1894 G. Olivet a cédé à Bousser tous les droits quelconques dans l'actif de la Société de fait du 30 mars, et n'en a excepté que le droit de prendre le titre de successeur de G. Olivet et Cie ; or cette exception n'aurait aucun sens si, dans l'intention des parties, la Société de fait n'était pas elle-même le successeur de la maison G. Olivet et Cie.

A partir de ce moment Bousser a employé exclusivement le titre litigieux sur ses lettres, factures, circulaires, sans aucune protestation, opposition ni réserve d'Olivet. Celui-ci ne peut prétexter son ignorance, puisqu'il a donné quittance du prix de cession sur un papier à lettre portant cette mention, et qu'il est resté en correspondance avec Bousser. La cession du 30 juin comprend donc celle du titre « d'Industrie genevoise d'électricité » par Olivet à Bousser, et il suit de là que la demande d'Olivet et de Christin est mal fondée.

C'est contre cet arrêt que Olivet et Christin ont recouru en réforme, en temps utile, au Tribunal fédéral, concluant à ce qu'il lui plaise :

Réformer le dit arrêt, et, statuant à nouveau, adjuger aux recourants leurs conclusions de première instance. Condamner en conséquence Bousser à supprimer de ses enseignes et papiers de commerce les mots « Industrie genevoise d'électricité » dans les 24 heures dès l'arrêt à intervenir. Dire que ce titre est la propriété exclusive de la liquidation Olivet et Cie, soit de Gustave Olivet ; faire défendre à Bousser de s'en servir à l'avenir et le condamner à payer au recourant avec intérêts et dépens la somme de 5000 fr. de dommages-intérêts et aux dépens des instances cantonales et du Tribunal fédéral.

Dans leurs plaidoiries de ce jour, les conseils des parties ont repris leurs conclusions respectives.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1° L'intimé Bousser n'ayant pas recouru en ce qui touche ses conclusions reconventionnelles, qu'il avait laissé tomber déjà devant la dernière instance cantonale, la demande principale seule est soumise à la délibération du Tribunal de céans.

2° L'action intentée à Bousser par Olivet, demandeur principal, et par Christin, agissant en sa qualité de liquidateur de la Société G. Olivet et Cie en liquidation, — action dont les conclusions originaires ont été reprises par eux à l'audience de ce jour, — se caractérise comme une action en dommages-intérêts pour cause de concurrence déloyale. Les faits

dommageables qui, aux yeux des demandeurs, constituent en l'espèce la concurrence déloyale sont, en première ligne et principalement l'emploi de la désignation « Industrie genevoise d'électricité, » et, en outre, divers autres actes moins importants, dont l'arrêt de la Cour de justice ne faisait déjà plus mention, qui n'ont pas été repris par les demandeurs dans leur plaidoirie devant le Tribunal fédéral, et dont il n'y a dès lors plus lieu de se préoccuper dans le présent arrêt.

3° En ce qui concerne l'emploi fait par Bousser de la désignation « Industrie genevoise d'électricité, » les demandeurs ont à prouver que le défendeur leur cause par là un dommage, soit à dessein, soit par négligence ou imprudence, et qu'il le leur cause sans droit.

A cet égard, il n'est d'abord pas douteux que l'emploi de la désignation en question ne soit de nature à causer un dommage au demandeur, si cet emploi porte atteinte à une désignation industrielle à laquelle ils ont droit, et qui représente pour eux un bien juridique. Les demandeurs ont rapporté la preuve qu'ils avaient droit à la désignation employée par Bousser, attendu que la Cour cantonale a constaté en fait, dans son arrêt, que la Société en commandite Gustave Olivet et Cie avait installé ses ateliers aux Nos 6 et 7 du Chemin du Mail, à Plainpalais, et qu'elle avait adopté et employé la première, comme enseigne ou titre, la dénomination d' « Industrie genevoise d'électricité. »

Les demandeurs, comme ayant cause de la Société G. Olivet et Cie, ont droit à la désignation « Industrie genevoise d'électricité, à condition toutefois *a*) que cette désignation soit, en elle-même, susceptible de faire l'objet d'un droit ; *b*) qu'ils n'aient pas perdu leur droit exclusif à cette désignation, soit d'une manière absolue, soit par rapport à Bousser.

4° En ce qui touche la première de ces conditions, il résulte de la jurisprudence bien établie du Tribunal de céans (voir entre autres arrêts Orell-Füssli, Rec. off. XVII, p. 756 ; Preuss contre Hofer et Burger, ibid. XX, p. 1049 ; Tribune de Genève contre Tribune de Lausanne, ibid. XXI, p. 164) qu'il existe certains droits individuels et privatifs, découlant

du droit de la personnalité, contre la violation desquels le lésé peut invoquer la protection des tribunaux, et que les désignations commerciales ou industrielles sont au bénéfice de cette protection, pourvu que la désignation dont il s'agit ait un caractère particulier, original, et qu'elle ne se réduise pas à une indication générique et banale. Or, en l'espèce, l'expression « Industrie genevoise d'électricité » présente certainement un caractère propre, individuel, suffisamment spécialisé pour qu'elle soit susceptible de protection. Elle a donc pu, par suite de l'utilisation qui en a été faite pour la première fois par la Société G. Olivet et Cie, constituer pour celle-ci un droit privatif, protégé par la loi contre toute usurpation de la part des tiers. Ce droit une fois acquis, la Société G. Olivet et Cie est présumée l'avoir conservé et le posséder encore, à moins qu'elle ne l'ait cédé, comme le dit l'arrêt de la Cour, ou qu'elle ne l'ait perdu ensuite d'autres circonstances.

5° Or c'est ce qui est arrivé en l'espèce. Les représentants et ayants droit de la Société G. Olivet et Cie, ont, par une série d'actes concluants, reconnu et transféré à Bousser le droit de se servir de la désignation « Industrie genevoise d'électricité. » Le liquidateur Christin a, par le contrat du 30 mars 1894, cédé à Bousser la majeure partie des locaux, des installations, du matériel et du personnel qui constituaient l'établissement industriel de G. Olivet et Cie. Il lui a en même temps livré l'enseigne qui portait l'inscription « Industrie genevoise d'électricité, » et qui servait ainsi de désignation à l'établissement. Par là même il lui a donné le droit de faire usage de cette dénomination; dès lors il ne pouvait pas valablement en faire plus tard une nouvelle cession à Gustave Olivet, comme il a essayé de le faire par l'acte du 19 juillet 1895. Bousser s'est effectivement servi de cette enseigne et de cette désignation pour compte de la société de fait. A la dissolution de la société de fait, G. Olivet a expressément fait abandon à Bousser « de tout ce qu'il avait apporté dans cette société, et généralement de tous droits quelconques qu'il pouvait avoir dans l'actif social, » à la seule

exception du droit de prendre le titre de successeur de G. Olivet et Cie. Le droit à la désignation litigieuse a ainsi été transmis à Bousser avec le fonds industriel auquel elle était attachée, tant par le liquidateur de G. Olivet et Cie que par Gustave Olivet personnellement, de sorte que tous les droits que l'ancienne Société G. Olivet et Cie possédait sur cette désignation se trouvent aujourd'hui représentés et exercés par Bousser. Dès lors les demandeurs, Christin liquidateur et Olivet, ne sont pas recevables à contester à Bousser le droit d'en faire usage.

6° D'autre part il est à remarquer que le droit à une désignation n'est transmissible par voie de cession qu'avec l'établissement commercial ou industriel pour lequel elle a été employée et ne peut être aliénée séparément. Si cet établissement vient à être abandonné d'une manière définitive, la désignation tombe dans le domaine public, et peut dès lors faire l'objet d'une nouvelle appropriation. Or il est constant que Gustave Olivet n'a pas repris l'établissement de Gustave Olivet et Cie, il n'a par conséquent pas pu acquérir ce droit isolément, ensuite de cession du liquidateur. Si donc le droit à la désignation n'avait pas été cédé à Bousser par les ayants droit de G. Olivet et Cie, il faudrait admettre que ce droit, tombé dans le domaine public, a fait l'objet d'une nouvelle appropriation de la part de Bousser. L'on arrive ainsi de toute manière à la conclusion que les demandeurs ont échoué dans la preuve qu'ils avaient à faire pour justifier leur action en dommages-intérêts pour concurrence déloyale.

7° Les motifs qui précèdent emportent nécessairement le rejet de la seconde conclusion, tendant à faire prononcer que la désignation litigieuse est la propriété exclusive des requérants, soit de G. Olivet, et celui de la troisième conclusion en dommages-intérêts en tant que fondée sur l'usage fait par Bousser de la dénomination dont il s'agit.

La conclusion en dommages-intérêts doit également être écartée pour autant qu'elle se fonde sur d'autres prétendus faits de concurrence déloyale reprochés à Bousser par les

demandeurs. Aucun de ces griefs, en effet, ne saurait être admis comme établi d'après les données de la procédure, ou tout au moins comme constituant un fait de concurrence déloyale; aussi bien les demandeurs ne les ont-ils plus relevés devant l'instance de céans.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est écarté et l'arrêt rendu entre parties par la Cour de justice civile de Genève, le 19 décembre 1896, est maintenu tant au fond que sur les dépens.

---

42. Urteil vom 6. März 1897 in Sachen Aluminium-Industrie-Aktiengesellschaft Neuhausen gegen Schmid.

A. Mit Urteil vom 15. Dezember 1896 hat das Obergericht des Kantons Schaffhausen erkannt:

1. Es ist die Beklagte und Widerklägerin gehalten, den von ihr anerkannten Lohn vom 15. März bis 20. April 1895 im Betrage von 164 Fr. 65 Cts. an den Kläger und Widerbeklagten zu bezahlen.

2. Es ist die Beklagte und Widerklägerin überdies gerichtlich angehalten, an den Kläger und Widerbeklagten aus Schadenersatz den Betrag von 1200 Fr. zu bezahlen, dies aber in dem Sinne, daß der Kläger und Widerbeklagte an den Art. 4 des zwischen ihm und der Beklagten und Widerklägerin abgeschlossenen Anstellungsvertrages gebunden ist.

3. Es ist der Kläger und Widerbeklagte mit seiner weitergehenden Schadenersatzforderung abgewiesen.

4. Es ist die Beklagte und Widerklägerin mit ihrer Widerklage in vollem Umfang abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil erklärten beide Parteien die Berufung an das Bundesgericht.

Die Beklagte und Widerklägerin beantragte in ihrer Berufungsschrift:

1. Es sei der Kläger und Widerbeklagte mit seiner Klage ganz abzuweisen.

2. Der Kläger und Widerbeklagte sei zu verpflichten, an die Beklagte und Widerklägerin einen nach richterlichem Ermessen festzusetzenden Betrag zu bezahlen.

3. Eventuell sei die dem Kläger und Widerbeklagten zugesprochene Entschädigung angemessen zu reduzieren.

Der Kläger und Widerbeklagte stellte dagegen den Antrag, es sei die Klage im vollen Umfange, d. h. im Betrage von 2500 Fr., eventuell in einem nach richterlichem Ermessen festzusetzenden, 1200 Fr. übersteigenden Betrage gutzuheißen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Am 29. Juni 1893 wurde zwischen den Parteien ein Dienstvertrag abgeschlossen, wonach die Beklagte den Kläger, der das Technikum in Winterthur absolviert hatte, für ihr Werk in Neuhausen engagierte, in der Meinung, daß derselbe als Dynamo- und Turbinenwärter, sodann als Ofenarbeiter eine gründliche Lehre durchzumachen habe; der Kläger sollte der Fabrikordnung unterstellt und verpflichtet sein, alle seine Kenntnisse und Erfahrungen, sowie seine gesamte Thätigkeit ausschließlich dem Dienste der Beklagten zu widmen, ferner das Fabrikgeheimnis zu wahren, endlich nach seinem Ausscheiden aus dem Dienste der Beklagten zwei Jahre lang keinem Konkurrenz-Unternehmen irgend welche Dienste zu leisten, wie überhaupt während dieser Zeit gegen jedermann über die von ihm in der Fabrik Neuhausen gewonnenen Kenntnisse und Erfahrungen strengstes Stillschweigen zu beobachten, unter Androhung einer Konventionalstrafe bis auf 2000 Fr. Sein Gehalt war auf 5 Fr. per Tag nebst der reglementarischen Produktions-Prämie festgesetzt. Der Vertrag wurde auf 3 Jahre, vom 15. September 1893 an gerechnet, eingegangen (Art. 5, Abs. 1). Art. 5, Abs. 2 endlich setzte wörtlich folgendes fest: „Die Aluminium-Industrie-Aktiengesellschaft verspricht Herrn Schmid bei durchaus zufriedenstellenden Leistungen nach Ablauf von 1 1/2 Jahren in eine Aufseherstelle vorrücken zu lassen, wobei der Gehalt auf 2400 Fr. per Jahr erhöht wird."

Der Kläger trat seine Stelle am 21. September 1893 an und wurde der Reihe nach in verschiedenen Abteilungen beschäftigt, ohne daß irgend welche Zwischenfälle vorgekommen wären. Am Neujahr 1895 wurde ihm eine Gratifikation von 50 Fr. ausgerichtet. Mit dem 15. März 1895 waren die 1 ½ Jahre zu Ende, nach deren Ablauf er „bei durchaus zufriedenstellenden Leistungen" in eine Aufseherstelle hätte vorrücken sollen. Die Beklagte that jedoch keine diesbezüglichen Schritte, übersandte ihm vielmehr für die Zeit vom 16. bis 31. März 1895 den gewöhnlichen Lohnzettel. Der Kläger acceptierte den Lohn nicht, sondern sandte ihn zurück, indem er auf den Lohnzettel mit Bleistift schrieb: „Refusé! vide Vertrag vom 29. Juni 1893. Schmid." Die Beklagte schwieg hierauf, bis am 14. April 1895 bei einer Begegnung des Klägers mit ihrem Direktor, Schindler, eine Besprechung stattfand, wobei der Kläger auf später vertröstet wurde. Mit Brief vom 24. April 1895 erklärte der Kläger der Beklagten, nachdem sie dadurch, daß sie ihn nicht habe avancieren lassen, vertragsbrüchig geworden sei, betrachte er den Vertrag als aufgehoben und sich absolut durch keinen Artikel desselben mehr als gebunden; Entschädigung behalte er sich vor. Schon vom 20. April 1895 an ging der Kläger nicht mehr in das Geschäft der Beklagten. Bis zum 26. Juni 1895 blieb er ohne Arbeit, dann erhielt er eine Stelle bei E. Schwyzer & Cie., Kassenfabrikanten, in Zürich, woselbst er einen Lohn von 130 Fr. per Monat bezog und bis Ende Oktober 1896 blieb; hierauf trat er in das gärungsphysiologische Laboratorium in Zürich ein, mit einem Monatsgehalt von 120 Fr.

Er belangte nun im Sommer 1895 die Beklagte auf Bezahlung einer Schadenersatzsumme von 2500 Fr., zu deren Begründung er im wesentlichen ausführte: Er sei zur Aufhebung des Dienstvertrages berechtigt gewesen, nachdem die Beklagte dadurch vertragsbrüchig geworden sei, daß sie ihn nach dem 15. März 1895 nicht zum Aufseher befördert habe; dieser Vertragsbruch involviere ein Verschulden der Beklagten, so daß sie ihm gemäß Art. 346, Abs. 3 O.-R. schadenersatzpflichtig sei. Der ihm erwachsene Schaden beziffere sich, außer dem von der Beklagten anerkannten Betrage von 164 Fr. 65 Cts. als Gehalt für die Zeit

vom 15. März bis 20. April 1895, folgendermaßen: Vom 26. April bis 26. Juni 1895 habe er den vollen Gehalt als Aufseher für zwei Monate zu beanspruchen, also 400 Fr.; vom 26. Juni 1895 an die Differenz zwischen dem Lohne, den er bei der Beklagten als Aufseher hätte erhalten sollen, und dem, der ihm von Schwyzer bezahlt werde, d. h. 70 Fr. per Monat, für 18 Monate; dazu komme die Schwierigkeit, eine neue passende Stelle zu finden, angesichts des Art. 4 des Vertrages, wonach er nach seinem Austritte aus dem Geschäfte der Beklagten zwei Jahre lang die dort gewonnenen Kenntnisse nicht verwerten dürfe.

Die Beklagte beantragte, die Klage sei abzuweisen, dagegen die Widerklage gutzuheißen, in dem Sinne, daß der Kläger zur Bezahlung einer in das Ermessen des Richters gestellten Entschädigung verpflichtet werde. Diesen Antrag begründete sie mit folgenden Ausführungen und Vorbringen: Art. 5, Abs. 2 des Vertrages sei keine sie verpflichtende vertragliche Bestimmung, enthalte vielmehr nur ein einseitiges Versprechen, dessen Erfüllung gänzlich in ihr Ermessen gestellt sei; die Thatsache, daß sie den Kläger nach Ablauf der $1^1/_2$ Jahre nicht befördert habe, habe also keinen Vertragsbruch involviert, und der Austritt des Klägers sei daher ein unberechtigter, vertragswidriger gewesen, so daß nicht sie ihm, sondern er ihr schadenersatzpflichtig sei. Eventuell habe er die Bedingung für die Beförderung seinerseits nicht erfüllt und somit wiederum schuldhaft den Vertrag gebrochen. Ganz eventuell bestritt sie die Klage im Quantitativ. Die Vorinstanz ging bei ihrem eingangs mitgeteilten Erkenntnisse davon aus, Art. 5, Abs. 2 des Vertrages enthalte eine die Beklagte bindende Verpflichtung; der Beklagten habe der Beweis dafür obgelegen, daß der Kläger die Bedingungen, unter denen ihm die Beförderung versprochen worden sei, nicht erfüllt habe; dieser Beweis sei durch das Beweisverfahren nicht hergestellt worden; die Nichterfüllung jener Bestimmung habe somit einen Vertragsbruch involviert, dieser den Kläger zum einseitigen Rücktritte berechtigt und die Beklagte zum Schatzenersatz verpflichtet. Immerhin falle auch dem Kläger ein gewisses Verschulden zur Last, indem er der Beklagten seinen Willen, vom Vertrage zurückzutreten, in inkorrekter Weise mitgeteilt habe. Unter Würdigung aller Umstände scheine eine Schadenersatzsumme von 1200 Fr. als angemessen.

2. Der Kläger stützt seinen Anspruch auf Art. 346, Abs. 3 O.-R.; er behauptet, die Beklagte habe sich ein vertragswidriges Verhalten zu Schulden kommen lassen, dadurch, daß sie ihn nach Ablauf der 1 1/2 Jahre nicht befördert habe. Die Beklagte nimmt auch heute noch in erster Linie den Standpunkt ein, Art. 5, Abs. 2 des Vertrages sei nicht in dem vom Kläger angeführten Sinne zu interpretieren, vielmehr enthalte jene Bestimmung nur ein einseitiges, unter einer reinen Potestativbedingung erteiltes Versprechen der Beklagten; es habe ganz in ihrem Ermessen gelegen, darüber zu entscheiden, ob eine Beförderung stattfinden solle oder nicht, ob der Kläger die Bedingung erfüllt habe oder nicht; ein Anspruch auf Beförderung stehe dem Kläger nach dem Vertragsinhalte nicht zu. Es ist daher zunächst die Natur dieser Vertragsklausel zu untersuchen.

Die Dienstverträge enthalten häufig eine Klausel, wonach der Dienstherr dem Dienstnehmer für den Fall, daß er zufrieden mit ihm sei, gewisse Vorteile verspricht, z. B. eine Gratifikation, Beförderung, Lohnerhöhung. Der Entscheid der Frage, ob eine derartige Klausel für den Versprechenden eine Verpflichtung, für den andern Teil eine Forderung begründe, hängt in erster Linie von den besondern Umständen des Falles und dem speziellen Wortlaute der betreffenden Klausel ab; doch kann im allgemeinen gesagt werden: Damit eine solche Klausel verpflichtend wirke, ist dreierlei erforderlich: erstens, daß das Objekt, der dem Arbeitnehmer zu gewährende Vorteil, genau bestimmt oder wenigstens bestimmbar sei, zweitens, daß die Parteien den Verpflichtungswillen gehabt haben, drittens, daß die Frage, ob die Vorteile gewährt werden sollen, nicht rein vom Belieben des Verpflichteten abhängen soll. Ersteres trifft nicht zu, wenn eine Gratifikation, eine Beförderung, eine Gehaltsaufbesserung versprochen wird, ohne daß gesagt wäre, worin sie bestehen soll, und ohne daß dies den übrigen Umständen zu entnehmen wäre; in diesen Fällen handelt es sich um rein moralische, außerhalb des Rechtes stehende Verpflichtungen. Anders verhält es sich dagegen, wenn genau und bestimmt gesagt ist, was als Gratifikation gegeben werde, was für eine Beförderung stattfinden, wie groß die Gehaltserhöhung sein solle. Allein auch in letzterem Falle muß das oben in zweiter Linie an-

geführte Erfordernis, der Verpflichtungswille, hinzukommen, damit eine Verpflichtung begründet werde. Im Zusammenhange mit diesem zweiten steht das dritte Requisit; es darf nicht einzig und allein vom Willen des Verpflichteten abhängen, ob jene Besserstellung stattfinden soll oder nicht. In diesem Falle wäre die Verpflichtung einer sog. reinen Potestativbedingung (condizione meramente potestativa) unterworfen und deshalb ungültig; vgl. Windscheid, Pand. § 93 (7. Aufl., Bd. II, S. 260 ff.); Regelsberger, Pand. I, § 153, S. 566; c. civ. français, Art 1174; c. civ. ital., Art. 1162. Eine solche reine Potestativbedingung nun liegt nach der in der gemeinrechtlichen, wie in der französischen Doktrin und Praxis allgemein verbreiteten Auffassung nicht vor, wenn als Bedingung nicht der Wille des Verpflichteten, sondern ein objektives äußeres Ereignis gesetzt ist, über dessen Eintritt oder Nichteintritt jeder Dritte, also auch z. B. der Richter, entscheiden kann; vgl. *Demolombe*, cours de Code Napoléon, Bd. XXV, Nr. 314 ff.; Zachariae, Handb. d. franz. Civilrechts, 8. Aufl., Bd. II, § 282, Nr. 9 u. 10; *Aubry & Rau*, cours de droit civil IV, p. 63 ss; Crome, Allgemeiner Teil der modernen französischen Privatrechtswissenschaft, S. 324; *Sirey*, codes annotés, Anm. zu Art. 1174, spez. Nr. 14; *Dalloz*, rec. 1891, I, p. 60 n. 3; *Fuzier-Hermann*, code civil annoté, III, p. ss, spez. Nr. 37; *Borsari*, commentario III, §§ 3305 und 3306; Regelsberger, Pand. a. a. O. Anm. 15. Ist es in letzterem Falle in das Ermessen des Verpflichteten gestellt, zu entscheiden, ob das Ereignis eingetreten sei, d. h. ob die Bedingung erfüllt sei oder nicht, so ist unter diesem Ermessen im Zweifel dann, wenn der Wortlaut der Verpflichtung und die allgemeinen Umstände des Falles nicht dagegen sprechen, nicht das arbitrium merum, sondern das arbitrium boni viri zu verstehen, welches der Nachprüfung unterliegt.

In Anwendung der entwickelten Grundsätze auf die in Frage stehende Vertragsklausel gelangt man zu folgenden Schlüssen: Daß das erste Erfordernis vorhanden ist, erhellt ohne weiteres. Die Art und Weise der Besserstellung, sowie der Zeitpunkt derselben sind genau bestimmt, ebenso der Zeitraum, für welchen der

Kläger in der höheren Stellung angestellt sein sollte. Was das zweite, den Verpflichtungswillen, betrifft, so haben die Vorinstanzen das Vorhandensein desselben angenommen, und nach wiederholten Entscheiden des Bundesgerichts ist die Feststellung des Parteiwillens eine thatsächliche Feststellung, an welche das Bundesgericht gebunden ist, sofern sie nicht aktenwidrig oder rechtsirrtümlich ist (vgl. bundesger. Entsch., XXI, S. 151, 286, 1117). Von diesen Ausnahmegründen nun trifft keiner zu; gegenteils ist die Auffassung der Vorinstanzen als die nach dem Inhalte der Akten einzig richtige anzusehen. Denn, wie die erste Instanz mit Recht hervorhebt, ist der Kläger nicht ein gewöhnlicher Arbeiter, sondern ein theoretisch geschulter Elektrotechniker, der eine Stelle als Lehrling und gewöhnlicher Arbeiter bei der Beklagten nur annahm in der Voraussetzung, befördert zu werden; das Versprechen, ihn zu befördern, bildete also für ihn geradezu das Motiv des Vertragsabschlusses. Dies mußte auch der Beklagten ohne weiteres klar sein. Endlich kommt dazu das Wort „verspricht", das eine Verpflichtung in sich schließt. Hieraus ergibt sich weiterhin, daß auch das dritte Requisit in casu vorhanden ist: Das Ermessen der Beklagten, ob die Dienstleistungen des Klägers durchaus zufriedenstellende waren, war nicht reine Willkür, vielmehr das arbitrium boni viri; diese Leistungen sind ein äußeres Ereignis, eine Handlung des Klägers, an welche ein objektiver Maßstab gelegt werden kann. Gerade der Wortlaut „bei durchaus zufriedenstellenden Leistungen", im Gegensatze etwa zu „wenn ich zufrieden bin" objektiv gefaßt, spricht dafür, daß über die Frage, ob die Leistungen zufriedenstellende seien, nicht die Willkür der Beklagten entscheiden sollte. Der Fall unterscheidet sich gerade in diesem springenden Punkte von dem in den Entscheidungen des R. O. H. G., Bd. XVIII, S. 258, angeführten.

3. Begründete sonach jene Bestimmung eine bedingte Verpflichtung der Beklagten, so war es Sache des Klägers, den Eintritt dieser Bedingung nachzuweisen. Denn nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen ruht bei einem bedingten Rechtsgeschäfte die Beweislast bezüglich des Eintrittes der Bedingung auf demjenigen, der einen Anspruch aus jenem Rechtsgeschäft herleitet. Dazu kommt, daß die Beweislast für das Vorhandensein eines wichtigen

Grundes zum Rücktritte vom Dienstvertrage im Sinne des Art. 346 O.-R. denjenigen trifft, welcher denselben geltend macht (v. Entsch. d. B.-G., Amtl. Samml., XV, S. 313 ff. Erw. 3; XIX, S. 316 Erw. 3). Die von den kantonalen Instanzen vorgenommene Verteilung der Beweislast war also zweifelsohne unrichtig. Es könnte sich daher fragen, ob nicht eine Rückweisung an die Vorinstanz mit der Auflage, ein neues Beweisverfahren auf richtiger Grundlage durchzuführen, erfolgen sollte (Art. 64 und 82, Abs. 2 Org.-Ges.); dies ist jedoch nicht notwendig, da die vom Kläger zu beweisenden Thatsachen schon nach der gegenwärtigen Aktenlage als festgestellt zu erachten sind. Die beklagte Gesellschaft hat nämlich auf gemachte Auflage hin vor Obergericht den Zeugenbeweis dafür anerboten, daß der Kläger seine Pflicht nicht gethan und berechtigten Anlaß zur Unzufriedenheit gegeben habe, und daß er deswegen vor dem 15. März 1895 getadelt worden sei; speziell dafür, daß er gegenüber dem Werkführer Witzig störrisch und ungehorsam gewesen sei, daß er während der Arbeitszeit häufig mit zwei Mitarbeitern geplaudert habe, daß er gesaulenzt habe, und ferner daß er die Aluminium-Öfen nachgemessen, die Maße notiert und die Öfen abgezeichnet habe. Von diesen dem Kläger gemachten Zulagen muß die letztgenannte von vorneherein als irrelevant bezeichnet werden, einerseits weil aktengemäß ist, daß der Direktor der beklagten Gesellschaft, Schindler, dieser Sache keine Bedeutung beigemessen hat, anderseits weil diese Thatsache nicht ausschließen könnte, daß die Leistungen des Klägers durchaus zufriedenstellende gewesen seien, vielmehr in derselben allfällig eine spezielle Pflichtverletzung, ein Spezialdelikt, nämlich Verrat der Fabrikgeheimnisse, liegen würde; die Beklagte glaubte offenbar anfänglich, diesen Standpunkt einnehmen zu können, ist aber davon selber abgegangen. Im übrigen haben die Zeugenaussagen ergeben, daß die dem Kläger im Prozesse gemachten Vorwürfe durchaus unbegründete und stark übertriebene waren; das Plaudern mit dem Mitarbeiter Fuchs ist offenbar ohne Belang und hat auch nie zu ernstem Tadel Anlaß gegeben. Belastend sind für den Kläger einzig die Aussagen des Zeugen Witzig; allein die Vorinstanz bezeichnet diesen als befangen, und hieran ist das Bundesgericht gebunden, da dies eine Frage der

dem kantonalen Richter zukommenden freien Beweiswürdigung ist. Die Beklagte hat also den ihr auferlegten Beweis nicht geleistet, gegenteils ergibt sich aus der Beweisaufnahme, daß dem Kläger gegenüber nie Anlaß zu Unzufriedenheit vorhanden war. Nun ist freilich zuzugeben, daß die Klausel strikte lautet („durchaus zufriedenstellende Leistungen"), allein es widerspräche dem arbitrium boni viri, sie deshalb rigoros auslegen zu wollen.

4. Ist nach dem vorhergegangenen festgestellt, daß die Bedingung, unter welcher der Kläger Anspruch auf Beförderung hatte, erfüllt war, so folgt daraus, in Verbindung mit dem in Erwägung 2 ausgeführten, daß die Beklagte durch die Thatsache der Nichtbeförderung vertragsbrüchig geworden ist, der Kläger also einen wichtigen Grund zur Aufhebung des Dienstvertrages im Sinne des Art. 346 O.-R. hatte. Es fragt sich weiterhin, ob das weitere Verhalten des Klägers dem Gesetz entsprochen hat und als korrekt bezeichnet werden kann. Hierüber ist zu bemerken: Fraglich könnte zunächst scheinen, ob nicht der Kläger der Beklagten eine angemessene Frist im Sinne des Art. 122 O.-R. hätte ansetzen sollen; dies ist jedoch zu verneinen, da hier das Vorgehen nach Art. 122 O.-R. schon deshalb nicht nötig war, weil der Direktor der Beklagten dem Kläger deren Willen, ihn nicht zu befördern, schon am 14. April 1895 unzweideutig kundgegeben hatte. Nach Art. 346 O.-R. hatte der Kläger klar und bestimmt seinen Rücktritt vom Vertrage zu erklären, wodurch der Vertrag ohne weiteres aufgehoben wurde, da zur Aufhebung desselben nicht etwa die vorherige Anrufung des Richters nötig war (vgl. Entsch. des B.-G., Amtl. Samml., XV, S. 313 ff.; XIX, S. 863 f.). Diese Erklärung hat der Kläger allerdings abgegeben, mit seinem Briefe vom 24. April 1895, so daß er dem Gesetze Genüge geleistet hat. Dagegen ist sein Verhalten am 31. März und von da an bis zum 24. April 1895 als ein durchaus inkorrektes zu bezeichnen; er hat dadurch, daß er in ganz unzulässiger, grober Weise die Annahme des Gehaltes vom 16. bis 31. März 1895 verweigerte, und trotz Anfrage des Direktors Schindler nicht in gehöriger Weise seine Beschwerden vorbrachte, vielmehr am 20. April einfach von der Arbeit wegblieb, seine Pflichten des Anstandes gegenüber dem Dienstherrn

verletzt, und dieses Verhalten muß bei der Ausmessung des Schadenersatzes in Berücksichtigung fallen (unten Erw. 5).

5. Nach dem Gesagten ist die Beklagte dem Kläger gemäß Art. 346 O.-R., Abs. 3, erster Satz, prinzipiell zu vollem Schadenersatze verpflichtet. Die Ausmessung desselben hat nach Art. 116 eod. zu erfolgen, wonach das richterliche Ermessen unter Würdigung der Umstände zu entscheiden hat (der von der ersten kantonalen Instanz angerufene Satz 2 des Absatz 3 des Art. 346 trifft nicht zu, da er eine Regelung für den Fall, wo die Gründe für Aufhebung des Vertrages nicht in vertragswidrigem Verhalten des einen Teils liegen, also einen Gegensatz zu Satz 1 eod. enthält; vgl. Hafner, Komm. z. O.-R., 2. Aufl. Art. 346, Nr. 7). Als Schaden erscheint nun gemäß der Praxis des Bundesgerichts (s. Entsch., Amtl. Samml., XVIII, S. 312; XIX, S. 320) die Differenz zwischen dem vertraglich vereinbarten Lohne während der Vertragsdauer und demjenigen, welchen der Kläger mit seiner freigewordenen Arbeitskraft erwirbt, bezw. zu erwerben bei gutem Willen in der Lage war, wobei zu berücksichtigen ist, daß erfahrungsgemäß in der Regel ein entlassener oder ausgetretener Arbeitnehmer nicht sofort eine neue Stelle finden kann. In concreto ist nun der erste Schadensfaktor die Zeit der völligen Arbeitslosigkeit vom 24. April bis 26. Juni 1895; hiefür ist dem Kläger der volle Gehalt, den er bei der Beklagten als Aufseher gehabt hätte, zu vergüten, d. h. 200 Fr. per Monat, zusammen 400 Fr.; der von der Beklagten erhobene Einwand, der Kläger hätte bei ihr mit 130 Fr. monatlich weiter arbeiten können, fällt ohne weiteres dahin, da ihm dies eben nicht zuzumuten war, und daß er anderweitig, während dieser 2 Monate, hätte Arbeit finden können, behauptet die Beklagte selbst nicht. In zweiter Linie kommt als Schadensfaktor in Betracht die Differenz zwischen dem Lohne, den er als Aufseher gehabt hätte, und demjenigen, den er wirklich hatte bis 15. September 1896; nun ist festgestellt, daß er während dieser Zeit einen Gehalt von 130 Fr. per Monat erhielt, also 70 Fr. weniger als nach Vertrag mit der Beklagten, in summa $14^1/_2$ mal 70 Fr. = 1015 Fr.; die Beklagte hat auch hier nicht bewiesen, daß der Kläger bei gutem Willen mehr zu erhalten in der Lage gewesen wäre. Der

ganze ihm zu vergütende Schaden beläuft sich danach auf 1415 Fr.; hievon ist jedoch ein Abzug zu machen mit Rücksicht auf das in Erw. 4 in fine geschilderte inkorrekte Verhalten des Klägers, und als solcher scheinen 215 Fr. als angemessen. Es ist daher bezüglich der Frage der Entschädigung die Entscheidung der Vorinstanz zu bestätigen, wobei natürlich auch heute noch der Kläger bis nach Ablauf der zwei Jahre seit seinem Austritt an Art. 4 des Vertrages gebunden ist, indem er einen 500 Fr. übersteigenden Schadenersatz schon vor erster Instanz nur für den Fall verlangt hat, als die Beklagte ihn von jener Verpflichtung nicht entbinde, und die Beklagte seine Befreiung nicht zugegeben hat. Bemerkt sei nur noch, daß diese Verpflichtung des Klägers, die er nach Aufhebung des Vertrages freiwillig auf sich genommen hat, nicht als weiterer Schadensfaktor in Betracht kommen kann, da sie nicht eine Folge der Nichterfüllung des Vertrages durch die Beklagte ist.

6. Die Widerklage fällt nach dem Gesagten ohne weiteres dahin.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Berufung beider Parteien wird als unbegründet erklärt, und demgemäß das Urteil des Obergerichtes des Kantons Schaffhausen vom 15. Dezember 1896 in allen Teilen bestätigt.

---

43. *Arrêt du 12 mars 1897 dans la cause Villotti contre Villotti et Cie en liquidation.*

A. Suivant convention du 30 août 1892, Louis Villotti, père, et Joseph Frossard, fabricant d'horlogerie à Porrentruy, ont formé entre eux, sous la raison sociale « Société des carrières du Doubs Villotti et Cie, » une société pour l'exploitation d'une carrière de calcaire située au-dessus de la gare de Saint-Ursanne. Le préambule de l'acte de société portait entre autres que Villotti, voulant donner plus de développement à l'exploitation de la carrière à lui concédée

par la commune de Saint-Ursanne, avait « proposé à M. Frossard de s'associer avec lui comme bailleur de fonds. » L'article premier dit que la société sera en nom collectif à l'égard de Villotti et en commandite seulement à l'égard de M. Frossard. La société devait avoir son siège à Saint-Ursanne et sa durée était fixée à 19 ans à compter du 1er septembre 1892 (art. 2). Villotti apportait la concession qu'il tenait de la commune de Saint-Ursanne, ainsi que l'outillage servant à l'exploitation de la carrière, le tout évalué 10 000 fr. De son côté, Frossard fournissait pour sa mise sociale une somme de 10 000 fr. (art. 3). Les fonds que l'un ou l'autre des associés pourrait verser dans la Société au delà de sa mise sociale devaient être inscrits à son compte courant et porteraient intérêt au 5 % l'an, mais ne donneraient pas droit au partage des bénéfices (art. 4). Villotti devait seul avoir la gestion et la signature de la société (art. 5). Certaines opérations importantes, telles que la fixation des prix de vente de la pierre et l'achat de matériel devaient se faire d'un commun accord entre les associés (art. 7). Les bénéfices nets de la société devaient se partager par égales parts entre les associés. Les pertes devaient être supportées dans la même proportion, « sans que dans aucun cas M. Frossard puisse être engagé au delà de sa mise sociale » (art. 8).

L'inscription faite au registre du commerce porte que Villotti et Frossard ont formé entre eux une société en commandite.

Du mois de septembre 1892 au mois de juillet 1893, J. Frossard s'est occupé plus ou moins activement des affaires de la société. Il a notamment correspondu avec divers fournisseurs et clients de la société. Les lettres écrites par lui sont signées simplement de son nom personnel ou de son nom précédé de la mention « pour Villotti et Cie. »

La Société Villotti et Cie a été dissoute le 7 octobre 1893 par transaction judiciaire à la suite d'une demande de Villotti père en résiliation du contrat du 30 août 1892. L'acte de transaction porte que les parties conviennent de dissoudre « la société en commandite qui a existé entre elles. »

Un liquidateur fut nommé en la personne de l'avocat Ceppi, à Porrentruy. Celui-ci mit en adjudication publique la concession de carrière appartenant à la société en liquidation. D'après les conditions de l'adjudication, les acquéreurs devaient fournir deux bonnes cautions solvables et solidaires agréables au liquidateur. Le prix d'adjudication devait être payé en mains de ce dernier, savoir : 13 000 fr. le 15 avril 1894 et le surplus par tiers les 15 janvier 1895, 1896 et 1897, avec les intérêts au 5 % dès le jour de l'adjudication. En cas de retard dans le paiement d'un terme échu, la somme entière encore due serait immédiatement exigible et le vendeur aurait la faculté de résilier le marché et d'exiger de l'acquéreur en demeure tels dommages-intérêts qu'il appartiendrait.

Les carrières furent adjugées le 17 janvier 1894, aux conditions qui précèdent et pour le prix de 33 000 fr. à Louis Villotti fils, entrepreneur à Saint-Ursanne, sous le cautionnement solidaire de L. Villotti père et de l'ingénieur Dollfuss, à Bâle. Le premier versement de 13 000 fr. eut lieu régulièrement ; en revanche le premier tiers du solde, payable le 15 janvier 1895, ne fut pas payé, de sorte que le solde entier de 20 000 fr. en capital devint exigible. C'est pourquoi le liquidateur Ceppi fit notifier, le 18 janvier 1895, à Villotti fils et à sa caution solidaire Villotti père un commandement de payer de la somme de 20 100 fr. avec intérêt au 5 % dès le 17 janvier 1894. Le débiteur principal n'ayant pas fait d'opposition, la poursuite fut continuée contre lui et produisit une somme de 12 401 fr. 90 c. qui fut versée au liquidateur ; un acte de défaut de biens fut délivré à la société créancière pour le surplus de sa créance, soit 9069 fr. 20 c.

La caution, Villotti père, fit au contraire opposition au commandement de payer du 18 janvier 1895. A la requête du liquidateur, le président du Tribunal de Porrentruy prononça la main-levée provisoire de l'opposition par jugement du 1er février 1895. A la suite de ce prononcé et bien que Villotti eût formé appel, le liquidateur requit une saisie pro-

visoire qui fut exécutée les 12 février et 1er mars 1895 et porta sur tous les biens de Villotti. Par arrêt du 30 mars, la Cour d'appel et de cassation de Berne réforma le prononcé présidentiel et alloua 60 fr. à l'appelant à titre de dommages-intérêts et frais.

Le 29 janvier déjà, le liquidateur Ceppi avait requis un séquestre sur diverses sommes dues à Villotti père. Celui-ci ayant assigné la société en liquidation pour demander la nullité du séquestre, le liquidateur adhéra le 13 février à ses conclusions en se soumettant aux frais qui furent liquidés à 30 fr.

Le 6 juillet 1895, le liquidateur fit notifier à Villotti père un nouveau commandement de payer pour les sommes suivantes :

1° 9069 fr. 20 c. avec intérêt au 5 % du 25 mai 1895 dus par Villotti père comme caution de son fils suivant acte de vente du 17 janvier 1894, sauf à déduire 90 fr. pour frais liquidés ;

2° 159 fr. 12 c., somme touchée par Villotti père de Fleury, à Mönchenstein, pour le comte de Villotti et Cie le 5 novembre 1893, plus l'intérêt de cette somme au 5 % dès la perception.

Villotti ayant fait opposition à ce commandement, la Société en liquidation des carrières du Doubs Villotti et Cie, agissant par son liquidateur, lui a ouvert action par demande du 21 septembre 1895 pour le faire condamner à payer les sommes réclamées.

B. Dans sa réponse, le défendeur a conclu à ce que la demanderesse soit :

1° Renvoyée provisoirement des fins de sa demande sous suite des frais,

2° Eventuellement, déboutée de ses conclusions avec retour des frais et dépens.

3° Reconventionnellement, condamnée à lui payer des dommages-intérêts dont le montant excède 3000 fr. pour le préjudice causé par les saisie et séquestre injustifiés requis par elle, sous suite de frais.

A l'appui de sa conclusion dilatoire, le défendeur fait tout d'abord valoir ce qui suit: La société formée entre lui et J. Frossard par contrat du 30 août 1892 n'est pas une Société en commandite. Les clauses conventionnelles et le nombre des associés démontrent qu'il s'agit d'une Société en nom collectif. D'ailleurs Frossard a agi non en associé commanditaire, mais en associé responsable. Après la dissolution de la société et la nomination du liquidateur, les créanciers furent invités à produire leurs créances. Les associés seuls s'annoncèrent comme créanciers, savoir Frossard d'une somme approximative de 20000 fr. pour avances faites à la société, et le défendeur d'une somme de 47 091 fr. 85 c. pour avances, salaires et dommages-intérêts (20 000 fr.) dus par Frossard. Outre sa mise primitive de 10 000 fr., le défendeur serait en effet créancier de 47091 fr. 85 c. vis-à-vis de la société et de J. Frossard. Le liquidateur a touché en

espèces.	Fr. 15091 20
et en a payé	» 14159 47

dont 12000 fr. à Frossard; il lui reste ainsi un excédent de recettes de 932 fr. 23 c. suffisant pour couvrir les créanciers, de telle sorte qu'il ne reste plus qu'à régler compte entre associés. Dans ces conditions le liquidateur n'est pas en droit de poursuivre le défendeur aussi longtemps qu'il n'est pas établi lequel des deux associés redoit à l'autre. J. Frossard doit être considéré comme associé indéfiniment responsable et doit supporter la moitié des pertes. Le défendeur lui réclame en outre, pour dommage causé par ses agissements durant la société, la somme de 20 000 fr. Si on lui tient compte de cette prétention, le défendeur sera créancier de la société et de J. Frossard d'une somme supérieure à celle qui lui est réclamée. Eventuellement, la demande doit être déclarée mal fondée. Même si J. Frossard n'était tenu que jusqu'à concurrence de ses 10 080 fr. de prétendue commandite, la somme de 12 000 fr. qu'il a déjà touchée et celles qui restent disponibles sont suffisantes pour le couvrir, attendu qu'il a lui-même écrit les 10 juillet et 1er août 1893 qu'il n'avait à prétendre que 11 000 fr. La somme de 20 000 fr.

dont il se dit aujourd'hui créancier ne lui est pas due et le défendeur se réserve de contester cette prétention lorsque le liquidateur aura établi le compte des associés. D'ailleurs J. Frossard est en réalité associé indéfiniment responsable. Comme il n'avait pas de procuration de la Société Villotti et Cie et que malgré cela il a contracté pour elle, il n'a pu le faire qu'en qualité d'associé responsable. Il doit donc supporter la moitié du déficit de la société et cette moitié dépasse la somme réclamée en demande. Il a en outre par ses procédés discrédité complètement la société et le défendeur en particulier, ce qui a déterminé ce dernier à demander la dissolution de la société et lui donne droit à des dommages-intérêts. Touchant sa demande reconventionnelle, le défendeur soutient que les saisie et séquestre pratiqués sans droit par le liquidateur lui ont causé un grave préjudice à raison de leur importance et des nombreuses personnes qui en ont eu connaissance. Il aurait été paralysé dans ses travaux et aurait perdu tout crédit personnel.

C. En réplique, la demanderesse a conclu à ce que Villotti soit débouté aussi bien des fins de son exception que de sa demande reconventionnelle. Elle conteste qu'il ait existé entre le défendeur et J. Frossard une société en nom collectif. Ce dernier n'est du reste pas en cause, mais bien la Société Villotti et Cie, de telle sorte que les réclamations du défendeur contre Frossard ne sauraient être opposables à la demanderesse. En ce qui concerne spécialement la demande reconventionnelle, la Société Villotti et Cie soutient que le liquidateur, en se basant sur la main-levée d'opposition prononcée par le juge de première instance, avait le droit de demander qu'il fût procédé à un inventaire des biens du défendeur, ce qui eut lieu. Les établissements de crédit n'ont pas été fermés au défendeur à la suite du séquestre et de l'inventaire dont il se plaint. Ces actes n'ont eu aucune influence sur les relations du défendeur avec ces établissements. Du reste la position du défendeur à l'époque de ces mesures était de nature à les justifier. Le 10 mai 1895, l'office des poursuites a avisé les tiers saisis que le défendeur avait

désormais la pleine et entière disposition des biens saisis.

D. La duplique et la triplique ne contiennent pas de faits nouveaux.

Le défendeur a demandé à entreprendre la preuve d'un certain nombre d'allégués tendant à établir que Frossard aurait agi dès le commencement de l'association non comme associé en commandite, mais comme associé responsable (allégués n°s 28 et 53 de la réponse), et que, plus tard, il aurait par ses procédés porté atteinte au crédit de la société et de l'associé Villotti (allégués n°s 69 à 76 de la réponse). Cette demande de preuve fut repoussée par le président du Tribunal du district de Porrentruy.

E. Par jugement du 12 mai 1896, le Tribunal du dit district a déclaré la demande bien fondée et débouté le défendeur de toutes ses conclusions en le condamnant aux frais de la procédure. Le défendeur a interjeté appel de ce jugement et attaqué en même temps l'ordonnance sur preuves en tant qu'il n'avait pas été admis à prouver une partie de ses allégués. Par arrêt du 9 octobre 1896, la Cour d'appel et de cassation du canton de Berne a confirmé le prononcé des premiers juges, en réduisant toutefois à 158 fr. 10 c. la somme de 159 fr. 12 c. réclamée par la demanderesse comme perçue par le défendeur du sieur Fleury. Cet arrêt est motivé en substance comme suit:

Les griefs formulés par le défendeur contre l'ordonnance sur les preuves ne sont pas justifiés, par le motif que les faits dont l'admission à la preuve est requise sont sans concluance en la cause. En ce qui concerne l'exception dilatoire soulevée par Villotti, même si l'on admettait que les sommes qui font l'objet de la demande principale constitueraient des capitaux disponibles dans le cas où elles seraient versées (art. 583 al. 1er et 611 CO.), et que le défendeur aurait alors le droit de les toucher en paiement de ses prétentions, il pourrait non pas demander à être libéré provisoirement de l'obligation de verser ces sommes, mais se refuser simplement à les verser en opposant à la demanderesse une exception de compensation. Si les prétentions du défendeur ne sont

pas liquides, le liquidateur de la société demanderesse a alors le droit de retenir les sommes nécessaires pour se satisfaire (art. 583, al. 2 CO.). Dans l'un et l'autre cas, l'exception dilatoire n'est pas fondée. En appel, le défendeur a cherché à la justifier en alléguant que par suite de la dissolution de la Société Villotti et Cie, celle-ci avait perdu son caractère de personne juridique; que les créanciers étant payés, le liquidateur ne serait plus que le mandataire des deux anciens associés. Mais abstraction faite du point de savoir si le liquidateur ne représente pas la société dissoute à l'égard des associés eux-mêmes jusqu'au règlement de leurs comptes (art. 583 al. 2 CO.), il doit en tout cas la représenter à leur égard jusqu'au paiement des créanciers sociaux (art. 582 et 583 CO.) ; or Frossard, ainsi qu'il sera démontré plus loin, doit être envisagé comme créancier pour une forte somme. A titre de moyen libératoire, le défendeur a soutenu en appel que son cautionnement ne serait pas devenu définitif, attendu qu'il ne serait pas même allégué que le liquidateur l'ait agréé, ainsi que le prévoyaient les conditions de vente. Mais il résulte à l'évidence de la procédure que les deux cautions indiquées dans l'acte d'adjudication ont été acceptées par le liquidateur. Le défendeur a aussi soulevé en appel une exception *non adimpleti contractus*, basée sur le fait que la demande ne mentionne pas que l'objet de l'adjudication du 17 janvier 1894 ait été livré à L. Villotti fils. Cette exception n'est toutefois pas fondée non plus. L'adjudicataire, ainsi qu'il appert de la demande, a en effet versé une partie du prix de vente et, jusqu'à preuve du contraire, on peut en déduire que la livraison de la chose vendue a été effectuée. Le principal moyen de défense au fond que Villotti fait valoir est basé sur les faits déjà invoqués à l'appui de son exception dilatoire. Il s'agit donc de savoir si le défendeur peut se prévaloir de la disposition du 1er alinéa de l'art. 583 CO., suivant laquelle les capitaux sans emploi pendant la liquidation sont distribués provisoirement entre les associés. Or il est établi en procédure que les créanciers proprement dits de la société sont pour la plupart réglés et que le liqui-

dateur a des fonds en suffisance pour payer ceux qui ne le sont pas encore. Mais il n'est pas douteux que si la Société Villotti et Cie était en commandite, le commanditaire Frossard ne serait tenu des pertes, même vis-à-vis de l'associé indéfiniment responsable, que jusqu'à concurrence de sa mise de 10 000 fr., de sorte que pour les sommes qu'il a avancées en plus à la société, il devait être considéré comme créancier de celle-ci et qu'il ne pourrait être question pour Villotti de toucher quoi que ce soit sur l'actif réalisé avant le payement des dites avances (comp. art. 548, 549, 572, 596 et 611 CO.). Il importe donc de décider quelle était la nature de la Société Villotti et Cie. Or il appert du préambule du contrat du 30 août 1892, ainsi que de ses art. 1, 2 et 8 que Frossard devait faire une mise de fonds de 10 000 fr. et n'être tenu que jusqu'à concurrence de cette somme. D'autre part, l'art. 5 confie la gestion de l'entreprise et la signature sociale au défendeur seul. Ce dernier apparaît donc comme associé indéfiniment responsable et Frossard comme commanditaire (art. 590, 595, 596 et 603 CO.). L'article 1er du contrat ne peut recevoir aucune autre interprétation raisonnable. Les termes employés sont évidemment une application mal appropriée de l'art. 593 CO. Cette interprétation du contrat du 30 août 1892 est corroborée par l'inscription de la société au registre du commeree. Mais le défendeur a allégué que dès la formation de la société Frossard aurait agi comme un associé indéfiniment responsable seul peut le faire. Les faits matériels sur lesquels cette opinion se base consisteraient en ce que Frossard aurait signé des correspondances, commandé pour l'entreprise un outillage coûteux de plus de 17 000 fr., fixé les prix de vente de la pierre et donné les ordres pour la construction d'un hangar et d'une conduite d'eau. Toutefois ces faits, fussent-ils prouvés, n'établiraient pas qu'un contrat de société en nom collectif soit intervenu entre parties, car il peut arriver qu'un commanditaire agisse comme un associé en nom collectif sans que pour autant le contrat change de nature. Les dits faits sont ainsi sans concluance en la cause et c'est avec raison que le juge instruc-

teur a refusé d'en ordonner la preuve. La Société Villotti et Cie était donc bien une société en nom collectif et Villotti, en sa qualité d'associé indéfiniment responsable, n'a de droit que sur les capitaux disponibles après le paiement des créances de Frossard. Ce dernier, d'après la demanderesse, aurait, outre sa mise de 10 000 fr., fait à la société des avances s'élevant à 20 000 fr. environ et productives d'intérêt au 5 %. Le défendeur ne conteste pas en principe l'existence d'avances, mais il objecte qu'elles auraient été faites à titre de mise de fonds d'associé indéfiniment responsable. En réalité Frossard étant simple commanditaire, ses avances doivent être envisagées comme une dette de la société, et le liquidateur est tenu de réserver la somme nécessaire pour faire face à cette prétention, à moins que son mal fondé n'apparaisse dès l'abord (arg. art. 583, al. 2 CO.). Partant, la somme que le liquidateur réclame à Villotti ne saurait être envisagée comme disposible à l'égard du défendeur, puisqu'elle doit servir avant tout à garantir le paiement de la prétention du créancier Frossard. Il n'est pas même exact que cette somme dépasse le montant de la dite prétention, attendu que le solde en capital de celle-ci (8000 fr.) ajouté aux intérêts, est certainement supérieur à 9227 fr. 10 c. Le défendeur n'a donc aucun motif pour refuser le versement de cette dernière somme au liquidateur.

Les faits qu'il a articulés pour établir que Frossard lui aurait causé, ainsi qu'à la société, un préjudice de 20 000 fr. environ ne sont pas opposables au liquidateur, lequel représente uniquement la société en liquidation, mais non les sociétaires envisagés individuellement. Ils sont donc irrelevants en la cause et ne pouvaient être admis à la preuve. Quant à la réclamation de 159 fr. 12 c., il n'est pas contesté et du reste établi que le défendeur a perçu d'un sieur Fleury pour le compte de la société non pas 159 fr. 12 c., mais bien 158 fr. 10 c. Il est donc tenu de restituer cette dernière somme. En ce qui concerne la demande reconventionnelle, il est vrai que la saisie des 12 février et 1er mars a été pratiquée sans droit. Le recours de Villotti contre le jugement du

président du Tribunal de Porrentruy, qui prononçait la mainlevée provisoire de l'opposition au commandement de payer du 18 janvier 1895, avait suspendu les effets de ce jugement à teneur des dispositions du code de procédure civile bernois. L'art. 36 LP. n'était pas applicable au cas particulier parce qu'il ne l'est que dans les cas où l'appel est spécialement prévu par la dite loi. Toutefois le fait d'avoir partagé l'opinion contraire et d'avoir en conséquence requis la saisie dans les circonstances données, ne saurait être envisagé comme une faute dans le sens des art. 50 et suivants CO. En tant que la demande reconventionnelle est basée sur le séquestre annulé du 29 janvier 1895, la demanderesse est obligée en principe, indépendamment de toute faute, de réparer le dommage matériel que ce séquestre a pu causer (art. 273 LP.). En revanche une réparation pour tort moral n'est admissible qu'en vertu de l'art. 55 CO., qui exige que le créancier ait agi avec dol, négligence ou imprudence et que la situation personnelle du débiteur ait subi une atteinte grave. Or le défendeur n'a pas invoqué des moyens de preuve propres à établir qu'il ait subi un dommage matériel par suite du séquestre. La nature et la valeur des biens séquestrés, le lieu où la mesure a été pratiquée et son retrait peu après son exécution ne permettent pas de présumer une atteinte préjudiciable à la situation économique du défendeur. Les mêmes considérations, si elles n'excluent pas absolument l'existence d'un tort moral, doivent en tout cas faire admettre que le défendeur n'a pas éprouvé un tort grave et dès lors la réclamation apparaît comme non fondée, sans qu'il soit nécessaire d'examiner la question de faute.

E. L'arrêt de la Cour d'appel et de cassation a été communiqué aux parties le 29 décembre 1896.

Le 13 janvier 1897, Villotti a déclaré recourir en réforme auprès du Tribunal fédéral et a repris les conclusions de sa réponse avec suite de dépens. En outre, pour le cas où le Tribunal fédéral estimerait que c'est à tort qu'une partie de ses allégués n'ont pas été admis à preuve, il conclut au renvoi de la cause devant les instances cantonales.

Le représentant de la partie intimée a conclu au rejet du recours avec suite de dépens.

Vu ces faits et considérant en droit :

1° L'action ouverte au nom de la société en liquidation Villotti et Cie à l'associé L. Villotti tend principalement à l'exécution du cautionnement contracté par ce dernier pour garantir le paiement du prix de la concession de carrière et de l'outillage acheté par Louis Villotti fils suivant acte du 17 janvier 1894. Elle tend en outre au remboursement d'une somme de 159 fr. 12 c., réduite par les instances cantonales à 158 fr. 10 c. que le recourant a perçue d'un sieur Fleury pour la société. Le recourant a reconnu en principe qu'il doit compte de cette perception à la demanderesse. Quant à l'objet principal de la demande, la partie Villotti a soutenu devant la seconde instance cantonale qu'il ne serait pas établi que le cautionnement soit devenu définitif, attendu que la demanderesse n'aurait pas même allégué que le liquidateur l'ait agréé, conformément au droit qu'il s'était réservé. Elle a soulevé en second lieu une exception *non adimpleti contractus*, consistant à dire qu'il ne serait pas établi que la demanderesse ait livré à Louis Villotti les choses objet de la vente du 17 janvier 1895.

Les motifs sur lesquels la Cour d'appel et de cassation de Berne s'est fondée pour repousser ces deux moyens sont justifiés de tous points. Il y a lieu d'y ajouter que le droit réservé au liquidateur d'agréer les cautions que l'adjudicataire devait fournir à teneur des conditions de vente consistait en définitive dans la faculté de refuser les cautions offertes si elles n'offraient pas des garanties suffisantes. Si le liquidateur avait entendu refuser le cautionnement de Villotti père et de l'ingénieur Dollfuss, il aurait dû manifester son refus expressément; son silence devait au contraire être interprété comme un acquiescement tacite, et dès lors les cautions, n'ayant pas reçu d'avis que leur garantie ait été refusée, ont dû se considérer comme agréées. Quant à l'exception *non adimpleti contractus*, il résulte du fait que l'acheteur Villotti fils a payé volontairement une partie du prix d'acquisition,

qu'il a ensuite été poursuivi en paiement du solde et n'a fait aucune opposition à la poursuite, la preuve ou tout au moins la présomption que les choses vendues lui ont bien été livrées. C'eût été au recourant à combattre cette présomption par la preuve contraire, ce qu'il n'a pas fait.

2° Il est ainsi établi que la demanderesse est créancière de Villotti des sommes qu'elle lui réclame. Mais le recourant en refuse le paiement et oppose tout d'abord à la demande une exception dilatoire consistant à dire qu'il ne peut être astreint à payer les sommes qui lui sont réclamées que lorsque les comptes auront été établis entre lui et son coassocié Frossard et s'il résulte de ces comptes qu'il doit à ce dernier les sommes en question. Devant le Tribunal fédéral le recourant a motivé en substance cette manière de voir comme suit : Les parties sont d'accord et il est constaté en fait par l'arrêt cantonal que toutes les sommes qui étaient dues à des tiers par la Société Villotti et Cie ont été remboursées ou que le liquidateur possède les fonds nécessaires pour rembourser celles qui pourraient être encore dues. La liquidation est donc terminée vis-à-vis des tiers ; la société, en tant qu'elle subsistait encore comme unité de biens distincte sur laquelle les tiers avaient des droits, est aujourd'hui éteinte et il n'y a plus en présence que deux associés dont les comptes restent à régler. Avant que ces comptes soient arrêtés, l'un des associés ne saurait être tenu de payer des sommes qui devront peut-être lui faire retour en vertu du règlement définitif.

Cette argumentation ne saurait toutefois être admise. Il est d'abord inexact que la Société Villotti et Cie soit éteinte par le fait que tous les tiers créanciers ont été désintéressés. Ainsi que le Tribunal fédéral l'a jugé à plusieurs reprises, une société ne cesse pas d'exister d'une manière absolue par le fait de sa mise en liquidation ; elle subsiste au contraire pour les besoins de celle-ci, et dans toutes les opérations de la liquidation c'est la société qui est représentée par le liquidateur et non les associés individuellement (voir Rec. off. XII, p. 205, consid. 3 et XVII, p. 325, consid. 3). Or le

liquidateur a entre autres pour mission d'exécuter les engagements et de faire rentrer les créances de la société dissoute. L'article 582 CO. ne fait à cet égard aucune distinction entre le cas où les débiteurs ou créanciers de la société sont des tiers et celui où ce sont les associés eux-mêmes. Ceux-ci peuvent en effet, aussi bien que les tiers, devenir créanciers ou débiteurs de la société par suite d'affaires conclues avec elle, de gestion d'affaires avec ou sans mandat, de délit, etc. (art. 537, 540, 567 CO.). Dans le cas particulier, l'associé Villotti est débiteur de la société en vertu du cautionnement qu'il a contracté au profit de celle-ci, tandis que l'associé Frossard se dit créancier ensuite de prêt d'une somme de 20 000 fr. environ. La situation juridique de l'associé créancier ou débiteur est la même que celle d'un créancier ou débiteur ordinaire de la société. Dès lors la liquidation de la Société Villotti et Cie n'est pas achevée par le fait que tous les créanciers sociaux, qui ne sont pas en même temps associés, ont été payés ou que leur paiement est assuré, les créances et les dettes des associés vis-à-vis de la société tombant aussi sous le coup des prescriptions des art. 582 et 583 CO. Elle ne prendra fin qu'avec le règlement de compte définitif entre les associés (art. 584 CO.). Le liquidateur avait donc le droit, conformément à l'art. 583 CO., d'actionner Villotti en paiement des sommes qu'il doit comme caution de son fils.

3° Le recourant oppose à cette action un moyen de défense au fond basé sur l'opinion que la Société Villotti et Cie serait une société en nom collectif et que par conséquent Frossard serait responsable, comme associé en nom collectif, de la moitié des pertes, laquelle serait supérieure à la somme litigieuse, surtout si l'on tient compte des 20 000 fr. réclamés par Villotti à Frossard, à titre de dommages-intérêts. Mais ce moyen ne saurait être accueilli. Il est hors de doute que la société formée entre L. Villotti père et J. Frossard était une société en commandite dans laquelle Villotti était associé indéfiniment responsable et Frossard associé commanditaire, c'est-à-dire responsable seulement jusqu'à concurrence du

montant de sa mise (art. 590 CO.). Cela résulte du préambule de l'acte du 30 août 1892 dans lequel il est dit que Villotti a proposé à Frossard de s'associer avec lui comme bailleur de fonds (voir art. 23 C. c. fr.). Mais surtout cela résulte de la manière la plus décisive de l'art. 8 du contrat, qui dit expressément que Frossard ne doit dans aucun cas être engagé au-delà de sa mise sociale. Les termes inexacts employés à l'art. 1er du contrat, qui dispose que la société sera en nom collectif à l'égard de Villotti et en commandite à l'égard de Frossard, ne peuvent être compris qu'en ce sens que les parties ont entendu que Villotti aurait la situation d'un associé en nom collectif et par conséquent indéfiniment responsable, tandis que Frossard aurait la situation d'un simple commanditaire. Ces termes s'expliquent d'ailleurs, ainsi que l'observe la Cour cantonale, comme une adaptation mal appropriée de ceux employés de l'art. 593 CO., lequel porte que, lorsqu'il y a, dans une société en commandite, plusieurs associés indéfiniment responsables, la société est en même temps à leur égard société en nom collectif. En dehors des termes de l'acte de société, la preuve que la Société Villotti et Cie était en commandite résulte aussi du fait qu'elle a été inscrite comme telle au registre du commerce et que dans la transaction par laquelle les parties ont décidé sa dissolution, elle est encore désignée comme société en commandite.

A l'appui de sa manière de voir le recourant fait aussi valoir (allégué n° 28 de la réponse) qu'en fait Frossard aurait agi vis-à-vis des tiers comme associé en nom collectif en correspondant et faisant des commandes pour la société, en fixant le prix de la pierre, etc. La seconde instance cantonale a repoussé à bon droit ce raisonnement. La circonstance qu'un associé fait des affaires pour la société ne prouve rien quant au caractère de celle-ci, pas plus que le fait qu'il n'est pas autorisé à en faire. Même l'associé en nom collectif peut être privé par le contrat de société du droit d'administrer et cette exclusion déploie aussi son effet vis-à-vis des tiers lorsqu'elle a été inscrite au registre du commerce (art. 560

CO.). En sens inverse, l'associé commanditaire peut, vis-à-vis de ses co-associés, avoir le droit d'administrer ; en revanche, il ne peut pas représenter la société vis-à-vis des tiers. S'il le fait néanmoins, la société ne se transforme pas pour autant en une société en nom collectif, mais l'art. 598 CO. devient applicable. Si donc Frossard, auquel le contrat de société ne donnait pas même vis-à-vis de son co-associé le droit d'administrer, a fait pour la société des affaires que Villotti n'aurait ni autorisées ni ratifiées, il se peut, suivant le cas, qu'il soit tenu à des dommages-intérêts vis-à-vis de son co-associé, mais cela ne change rien au caractère de la société. C'est partant avec raison que les instances cantonales ont refusé d'admettre à la preuve les faits allégués sous n° 28 de la réponse, de même que l'allégué formulé sous n° 53, d'après lequel le recourant aurait, déjà devant le juge conciliateur, soutenu que la Société Villotti et Cie serait en nom collectif.

Il ressort des considérations qui précèdent que les avances que Frossard a faites à la société n'ont pas eu lieu à titre de mises de fonds d'un associé indéfiniment responsable et qu'il n'est pas tenu de supporter la moitié des pertes sociales. L'art. 8 du contrat dit sans doute que les bénéfices et les pertes se partageront par moitié, mais il ajoute que dans aucun cas Frossard ne pourra être engagé au delà de sa mise sociale. Ce dernier ne répond donc, même vis-à-vis de son co-associé, que jusqu'à concurrence de sa mise de 10 000 fr., et comme celle-ci, de même que celle d'une valeur égale faite par Villotti, est évidemment considérée comme perdue par les deux associés, — ce qui explique pourquoi Villotti ne l'a pas fait figurer dans son compte, — il s'ensuit que les pertes qui dépassent le montant de ces deux mises ne concerne en rien Frossard. En revanche, Villotti, comme associé indéfiniment responsable, est garant vis-à-vis de lui du remboursement des sommes prêtées à la Société en tant qu'elles ne seront pas couvertes par l'actif social.

Quant à la prétention à des dommages-intérêts réservée par Villotti contre Frossard, elle n'intéresse pas le procès

actuel, auquel ce dernier n'est pas partie, et ne peut être opposée à la réclamation du liquidateur, qui agit comme représentant de la société et non de Frossard. C'est dès lors à juste titre que les instances cantonales se sont opposées à la preuve des allégués relatifs à cette prétention contenus sous n°s 69 à 79 de la réponse.

Le recourant fait enfin valoir que s'il payait la somme qui lui est réclamée, celle-ci devrait lui être immédiatement restituée, attendu que d'après l'art. 583 CO. les capitaux sans emploi pendant la liquidation doivent être provisoirement distribués aux associés. Mais en admettant que la disposition légale invoquée donne aux associés un droit d'action contre le liquidateur (voir von Hahn et Puchelt, *Comment. du C. com. all.*, ad § 141 : Renaud, *Commanditgesellschaft*, p. 583), on doit en tous cas décider, en présence de l'art. 583, al. 2 CO., qu'il ne peut être question de capitaux disponibles qu'en tant que les fonds nécessaires sont réservés pour payer les dettes sociales non encore échues et pour faire droit aux prétentions des associés lors du règlement de leurs comptes respectifs. La garantie résultant de cette réserve est dans l'intérêt des associés comme des créanciers. Il n'est pas indifférent pour ceux-ci que les fonds nécessaires à leur paiement soient réservés sur la fortune de la société ou qu'ils soient répartis entre les associés, car s'il y a eu répartition et si les créanciers sociaux sont obligés de s'en prendre aux associés, ils doivent, en cas de faillite, concourir avec les créanciers personnels de ces derniers. Il est vrai que dans le cas particulier la créance de Frossard est contestée par Villotti, mais cela a uniquement pour conséquence qu'elle doit être traitée comme une créance non encore échue. L'existence de cette prétention donne donc le droit et fait un devoir au liquidateur de réserver les sommes nécessaires pour en parfaire le règlement, s'il y a lieu (art. 583, al. 2 CO.). Or il est constant que le liquidateur ne détient pas actuellement des fonds suffisants pour ce règlement. Dès lors la somme qu'il réclame à Villotti au nom de la société ne deviendra pas en ses mains un capital disponible, susceptible d'être distribué aux associés

en conformité de l'art. 583, al. 1er CO., puisque en regard de ce capital existera le solde à régler de la prétention Frossard. Le recourant a bien soutenu que le montant de la demande dépasserait la somme nécessaire pour solder la créance de Frossard et que par conséquent l'excédent tout au moins deviendrait sans emploi. L'instance cantonale supérieure a repoussé avec raison cette manière de voir en faisant observer que le recourant omet de tenir compte des intérêts réclamés par Frossard dès le mois de juin 1893 sur la totalité de ses avances, ce qui porte le solde de sa prétention à un chiffre supérieur au montant de la demande.

De ce qui précède il résulte que les moyens dilatoire et de fond invoqués par le recourant à l'encontre des conclusions de la demanderesse doivent être écartés et le prononcé de l'instance cantonale maintenu quant à la demande principale.

4° L'arrêt cantonal doit également être confirmé en ce qui concerne la demande reconventionnelle en dommages-intérêts à raison du séquestre du 29 janvier et de la saisie des 12 février et 1er mars 1895. La cour d'appel de Berne constate que le recourant n'a pas fourni la preuve que le séquestre lui ait causé un dommage matériel et que, d'autre part, la nature et la valeur des biens séquestrés, le lieu où le séquestre a été pratiqué et son retrait peu de temps après son exécution ne permettent pas d'admettre qu'il ait porté une atteinte grave à la situation du recourant. Ces constatations n'impliquent ni contradiction avec les pièces du dossier ni erreur de droit. C'est à juste titre dès lors que la Cour a refusé toute indemnité au recourant soit en vertu de l'art. 273 LP., soit en vertu de l'art. 55 CO.

Relativement à la saisie, l'arrêt attaqué ne tranche pas le point de savoir si cette mesure a causé un tort matériel ou moral au recourant. Mais il repousse la demande d'indemnité par le motif que le liquidateur de la Société Villotti et Cie n'aurait commis aucune faute en requérant la dite saisie à la suite du jugement du président du Tribunal de Porrentruy prononçant la main-levée provisoire de l'opposition de Villotti et nonobstant l'appel formé par ce dernier. Cette solution est

justifiée, bien qu'il soit erroné de prétendre, ainsi que le fait la Cour cantonale, que le liquidateur pouvait s'appuyer sur l'opinion de MM. Brüstlein et Rambert (*Commentaire*, ad. art. 36 LP., note 2) pour admettre que l'appel contre le prononcé de main-levée n'était pas suspensif et qu'en conséquence il pouvait être suivi immédiatement à la poursuite. Ces auteurs ne disent en effet rien de semblable dans le passage cité de leur commentaire. Néanmoins la manière de voir admise par le liquidateur, sur le bien ou mal fondé de laquelle il n'y a pas lieu de prononcer ici, a en sa faveur de sérieux motifs, et l'on ne saurait considérer comme une faute engageant la responsabilité du liquidateur, soit de la société, de l'avoir considérée, en l'absence d'une jurisprudence contraire, comme conforme au véritable sens de la loi. Cela étant, la demande de dommages-intérêts doit aussi être écartée en tant que basée sur le fait de la saisie, attendu qu'elle ne peut s'appuyer que sur les art. 50 et 55 CO., dont l'application suppose une faute chez l'auteur du dommage.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est écarté et l'arrêt de la Cour d'appel et de cassation du canton de Berne, du 9 octobre 1896, confirmé quant au fond et quant aux dépens.

---

44. Urteil vom 27. März 1897 in Sachen Guilbert-Martin gegen Ulmann & Cie.

A. Durch Urteil vom 30. Dezember 1896 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich erkannt:

1. Es wird Vormerk genommen vom Rückzuge der Klage, soweit dieselbe darauf gerichtet ist, daß den Beklagten untersagt werde, Wasserstandsgläser mit rothen Streifen auf weißem Grunde in den Verkehr zu bringen.

2. Im übrigen — soweit die Klage darauf gerichtet ist, daß die Beklagten im Verkehr den Gebrauch des Namens „Photophore" zu unterlassen verpflichtet seien, — ist dieselbe abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat der Kläger die Berufung an das Bundesgericht ergriffen und den Antrag gestellt, die Beklagte sei zu verpflichten, sich des Namens „Photophore" für Wasserstandsgläser im Verkehre zu enthalten. In der heutigen Hauptverhandlung erneuert der klägerische Anwalt diesen Berufungsantrag. Der Anwalt der Beklagten beantragt Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Kläger stellte beim Handelsgericht Zürich das Rechtsbegehren, es sei der beklagten Firma der Gebrauch des Namens „Photophore" für Wasserstandsgläser zu untersagen; er stützte dieses Begehren darauf, daß die beklagte Firma Wasserstandsgläser mit farbigen Emailstreifen fabriziere, und unter dem Namen „Photophore" verkaufe, während dieser Name vom Kläger erfunden, und von ihm zuerst für seine Wasserstandsgläser verwendet worden sei. Die Beklagten wendeten unter anderm ein, daß man solche Wasserstandsgläser allgemein Photophore nenne, die fragliche Bezeichnung also keine Individualbezeichnung, sondern Gemeingut sei. Das Handelsgericht hat durch Urteil vom 4. Oktober 1895 die Klage abgewiesen; es gieng davon aus, daß der Name „Photophore" allerdings vom Kläger erfunden, und als Individualbezeichnung für seine Fabrikate eingeführt worden sei, fand aber, daß diese Bezeichnung sich seither im Verkehr verallgemeinert habe, so daß sie nicht mehr als spezielle Benennung der klägerischen Fabrikate, sondern als Qualitätsbenennung für Gläser der genannten Art erscheine, also zum Gemeingut der Industrie geworden sei. Das Bundesgericht, an welches der Kläger das handelsgerichtliche Urteil weiterzog, erklärte die in diesem Urteil ausgesprochene Ansicht, daß die Umwandlung des Namens „Photophore" in eine Gattungsbezeichnung genügend erwiesen sei, als rechtsirrtümlich, da die Annahme einer solchen Umwandlung voraussetze, daß unter der betreffenden Klasse von Gewerbetreibenden das Bewußtsein, daß es sich um eine Individualbezeichnung des Klägers handle, nicht mehr vorhanden sei,

ein Beweis hiefür aber weder von der Vorinstanz als erbracht bezeichnet worden sei, noch auch bei selbständiger Prüfung des (damals) vorliegenden Aktenmaterials als erbracht angenommen werden könne. Das Bundesgericht wies daher die Sache an das Handelsgericht zurück zur Abnahme der weiter von den Beklagten dafür beantragten Beweise, daß der fragliche Name seinen ursprünglichen Charakter einer Individualbezeichnung eingebüßt habe.

2. In Ausführung des genannten bundesgerichtlichen Urteils hat das Handelsgericht die von den Beklagten beantragten Beweise, sowie die Gegenbeweise des Klägers abgenommen. Die Ergebnisse der Beweisführung werden in dem Urteile vom 30. Dezember 1896, gegen welches die gegenwärtige Berufung sich richtet, folgendermaßen zusammengestellt:

a. Des Sprachgebrauchs „Photophore" mit ausdrücklicher Bezugnahme auf Guilbert-Martin und dessen französisches Patent für die fraglichen Wasserstandsgläser („Wasserstandsgläser Photophore, Patent Guilbert-Martin") bedienen sich die Vertreter des Klägers für die Schweiz, Wanner & Cie. in Horgen. Wanner erkläre, unter „Photophoren" verstehe man ausschließlich die klägerischen Wasserstandsgläser, die nachgeahmten deutschen nenne er nicht Photophore, wie auch 80 % seiner Bestellungen auf „Photophore" lauten, worunter nur diejenigen von Guilbert-Martin verstanden seien. Den nämlichen Sprachgebrauch (niveaux-photophores, brevet Guilbert-Martin) haben in ihren Prospekten E. Eynard in Lyon und Albert Baltus in Brüssel. Der frühere Vertreter des Klägers für Deutschland, August C. Funke in Hagen, Westphalen, führe dagegen in einzelnen seiner Prospekte, offenbar den ältern, die Bezeichnung „Wasserstandsgläser Patent Guilbert-Martin", unter Weglassung des Ausdruckes Photophore. G. Pickhardt in Bonn, ebenfalls Inhaber eines Geschäftes für technische Artikel, erkläre, mit dem Namen „Photophore" werden zwar auch die von August C. Funke, dem frühern Vertreter des Klägers, seither fabrizierten Nachahmungen der klägerischen Gläser bezeichnet, im Allgemeinen verstehe man darunter aber nur die letztern Gläser. Der gegenwärtige Vertreter des Klägers für Deutschland, W. Schumann, Inhaber der Firma Hecht & Köppe in Leipzig, habe in seinen Prospekten und Inseraten die Bezeich-

nung „Guilbert-Martin-Photophore," und den nämlichen Ausdruck zeigen die Prospekte von Gustav Pickhardt, Olßewiez und Kern in Warschau, H. A. Hedding in Wien und C. F. Wischeropp in Berlin.

b. Die Bezeichnung „Photophore Wasserstandsgläser" oder kurzweg „Photophore," bezw. entsprechende französische und italienische Ausdrücke erscheinen zunächst in mehr oder weniger offenbarer Bezugnahme auf das klägerische Fabrikat, so vor allem in den Prospekten des Klägers von 1888 und 1895 („niveaux- bezw. tubes photophores"), in den Prospekten und Zeitungsinseraten von Hecht & Köppe in Leipzig („Photophores Wasserstandsgläser"), denjenigen von L. Dassonville in Brüssel und des Mailänder Hauses Wanner & Cie. („tubi fotoforici"). Dassonville bestätige, daß er keinen andern Sprachgebrauch kenne, und erkläre, die Wasserstandsgläser anderer Fabrikanten habe er nicht Photophore nennen hören, indessen sei aus seinem Zeugnisse ersichtlich, daß er von der Existenz anderer solcher Gläser mit farbigen Streifen bisher überhaupt nichts gewußt habe. W. Schumann, Inhaber der Firma Hecht & Köppe bezeuge dagegen, der Name Photophore habe sich in Deutschland, und, wie er glaube, auch in der Schweiz ziemlich allgemein im Verkehr eingebürgert, und zwar nicht bloß für Wasserstandsgläser des Klägers, sondern für solche überhaupt, auch für Imitationen jener. Wenn der Zeuge in einer nachträglichen Zuschrift an den Kläger angebe, es müsse bei der gerichtlichen Einvernahme ein Mißverständniß obgewaltet haben, indem er unter Photophoren lediglich diejenigen des Klägers verstehe und verkaufe, und auch Niemandem das Recht zustehe, jenen Namen für andere Wasserstandsgläser zu gebrauchen, so vermöge diese etwas abweichende Darstellung die Beweiskraft des gerichtlich, unter Eid, abgelegten Zeugnisses nicht zu beeinträchtigen. Der frühere Vertreter des Klägers für Deutschland, August C. Funke, brauche in einer Reihe, wahrscheinlich späterer, Prospekte, und in einem Inserat vom Herbst 1895 ebenfalls den Ausdruck „Photophore Wasserstandsgläser," und zwar, wie sich aus seinem gerichtlichen Zeugniß ergebe, für die von ihm eingeführten Nachahmungen des klägerischen Fabrikates die er nach der am 25. Oktober 1888 erfolgten Aufhebung der

Vertretung des Klägers habe anfertigen lassen, und erkläre, hiefür die Bezeichnung „Photophore" weiter geführt zu haben; in spätern Prospekten empfehle er „Photophore aus Hartglas", womit unmöglich das klägerische Fabrikat gemeint sein könne. Ob dies aber in gutem Glauben geschehen sei, müsse bei den angeführten Verhältnissen als zweifelhaft angesehen werden.

c. Daß sodann die Beklagten die Bezeichnung „Photophore" im Verkehr für andere als die klägerischen Fabrikate, angeblich ihre eigenen, gebrauchen, bilde ja die Grundlage der Klage und komme auch in ihren Prospekten zum Ausdruck. Der nämliche Sprachgebrauch einer erheblichen Anzahl Kunden sei durch die von diesen vorgelegten, größtenteils aus dem Jahre 1895 datierten Briefe verschiedener Geschäfte technischer Artikel ersichtlich, nämlich Luigi Bononi & Cie., Gerlach & Cie. („tubi fotoforici" und Tenger & Zollinger („fotoforici"), sämmtliche in Mailand, sodann von der Schiff- und Bahngesellschaft des Luganersees, der Accumulatoren-Fabrik Örlikon („Wasserstandsgläser Photophore") und der Verwaltung des Asyls St. Katharinenthal, Kt. Thurgau. Die nämliche Bezeichnung finde sich indessen auch bei Firmen, bei denen keine Geschäftsbeziehungen zu den Beklagten ersichtlich seien, so bei Hertz & Cie. in Berlin („tubes photophores"), bei Pozzi und Varese in Turin („fotoforici"), ferner bei J. Lambercier in Genf, welche letzteren nach dem Wissen von Mitgliedern des Gerichtes nicht bloß Händler, sondern auch Fabrikanten seien. Der Chef dieses Hauses bezeuge, daß das Wort „Photophore" ein Gattungsname für derartige Wasserstandsgläser, gleichviel welcher Provenienz, sei, und als solcher auch in den Fakturen erscheine. Der gleiche allgemeine Sprachgebrauch finde sich im Warenkatalog von E. Perrot in Genf, und dieser habe brieflich erklärt, der genannte Ausdruck sei zum Gemeingut der Industrie geworden. Völlig im Widerspruch hiemit stehe aber sein gerichtliches Zeugnis, wonach der Name „Photophore" nur für die Fabrikate des Klägers anwendbar sei, und selbstverständlich bilde die gerichtliche Erklärung bezüglich der Beweiskraft den Vorzug. Die Inhaber einer Mehrzahl von Geschäften für technische Artikel haben indessen durchweg jene Verallgemeinerung des Namens „Photophore" bestätigt und erklärt, daß Wasserstands-

gläser mit farbigen Streifen auf weißem Grunde ohne irgend eine Unterscheidung nach ihrer Provenienz, namentlich auch die deutschen Fabrikate, ganz allgemein Photophore genannt werden, so W. Kuster, O. Bünzli, E. Stadelmann, A. Mösle, A. Furrer, A. Diener und E. Näf in Zürich, Seiler in Basel und Francke in St. Gallen, die Optiker Kramer in Zürich und Büchi in Bern. Kuster erkläre, daß auch andere Fabrikanten diesen allgemeinen Sprachgebrauch haben. Daß diese allgemeine Benennung auch im Publikum, namentlich den regelmäßigen Bestellern dieser Wasserstandsröhren, herrsche, wie Eisenbahngesellschaften, Dampfmaschinenbesitzern, Fabrikanten, Bierbrauern und Maschinisten, gehe aus den Zeugnissen von Mösle, Furrer, Diener, Kramer, Näf, Bünzli, Seiler und Francke hervor; Näf wisse nur einen Fall zu nennen, wo ihm ausdrücklich Photophoren von Guilbert-Martin bestellt worden seien, von einem Besteller, der zufällig den Unterschied näher gekannt habe; er erkläre aber, auch die Kenner brauchen den Ausdruck Photophore allgemein.

3. Frägt es sich nun, ob auf Grund dieses Beweisergebnisses die Annahme der Vorinstanz als gerechtfertigt erscheine, daß die Beklagten durch die Verwendung des Namens „Photophore" für Wasserstandsgläser mit farbigen Streifen auf weißem Grunde ein Individualrecht des Klägers nicht verletze, so kann dahin gestellt bleiben, ob dieser Name im Ausland den Charakter einer Personal- oder Sachbezeichnung besitze. Denn die vom Kläger aufgestellte Streitfrage, ob die Beklagten verpflichtet seien, sich des Gebrauchs des Namens „Photophore" für Wasserstandsgläser im Verkehre zu enthalten, kann nur dann gutgeheißen werden, wenn dieser Name im Inland, wo die Beklagten ihr Geschäftsdomizil haben, als Individualbezeichnung des Klägers anzusehen ist. Kommt hier dem Namen die Eigenschaft einer Individualbezeichnung nicht zu, sondern gilt er als Bezeichnung einer bestimmten Gattung von Waren, gleichviel welcher Herkunft, so steht derselbe hier auch den Beklagten zur Bezeichnung ihrer Fabrikate zu, und ist der Kläger nicht berechtigt, sie hieran zu hindern, auch wenn dieser Name im Ausland den Charakter einer Personalbezeichnung besitzt, und Kläger dort im Alleingebrauch desselben geschützt ist. Entscheidend ist also für die Beurteilung des vorliegenden Rechts-

streites, ob der Name „Photophore" in der Schweiz unter der beteiligten Gewerbeklasse als Bezeichnung von Fabrikaten der in Frage stehenden Gattung, Wasserstandsgläsern mit farbigen Streifen auf weißem Grunde überhaupt, betrachtet werde, oder ob unter diesem Namen speziell nur die klägerischen Fabrikate verstanden werden. Nach dem Ergebnis der Beweisführung ist mit der Vorinstanz das erstere anzunehmen. Aus verschiedenen Orten der Schweiz, insbesondere auch aus Zürich, liegen eine ganze Reihe von Zeugnissen von Optikern und Inhabern von Geschäften für technische Artikel, also aus der in Frage kommenden Klasse von Gewerbetreibenden vor, welche mit Ausnahme von zweien, übereinstimmend dahin gehen, daß gegenwärtig im Verkehr der Name Photophore allgemein als Bezeichnung für Wasserstandsgläser mit farbigen Streifen auf weißem Grunde gebraucht wird, ohne Unterschied, ob die betreffenden Gläser vom Kläger oder andern Fabrikanten herrühren. Die beiden abweichenden Zeugnisse rühren von Samuel Wanner in Horgen, dem langjährigen Vertreter des Klägers, und von Emil Perrot in Genf her. S. Wanner erklärte, unter „Photophoren" verstehe man ausschließlich die Wasserstandsgläser von Guilbert-Martin; 80 % aller ihm eingehenden Bestellungen auf Wasserstandsgläser lauten ausdrücklich auf „Photophore", und nach seiner Ansicht seien darunter nur die Gläser von Guilbert-Martin gemeint. Perrot deponierte, der Name „Photophore" bezeichne nach seiner Ansicht gegenwärtig im Handel durchwegs eine gewisse Sorte von Wasserstandsgläsern mit roten Streifen auf weißem Grunde, und zwar sei die genannte Benennung nur für die bezüglichen Fabrikate von Guilbert-Martin anwendbar. Diese beiden Zeugnisse sind jedoch, wie die Vorinstanz mit Recht angenommen hat, nicht geeignet, den durch die übrigen Zeugendepositionen geleisteten Beweis, daß der Name „Photophore" in der Schweiz allgemein als Sachbezeichnung aufgefaßt werde, zu entkräften. Denn was den Zeugen Wanner anbetrifft, so fällt von vornherein in Betracht, daß derselbe der Vertreter des Klägers ist; zudem stellt der Zeuge die von ihm angegebene Auffassung des Sprachgebrauchs hinsichtlich der fraglichen Bezeichnung ausdrücklich als seine persönliche Ansicht hin, und wenn er angibt, daß bei dem

größten Teile der ihm eingehenden Bestellungen auf Photophore nach seiner Meinung nur diejenigen des Klägers verstanden seien, so erklärt sich das ohne weiteres dadurch, daß Wanner & Cie. laut ihren Ankündigungen ausschließlich diese Ware verkaufen. Bezüglich des Zeugen Perrot ist zu bemerken, daß derselbe im Widerspruch zu seinem gerichtlichen Zeugnis brieflich erklärt hat, der Ausdruck Photophore sei zum Gemeingut der Industrie geworden. Mit Rücksicht auf diese aktengemäße Thatsache kann es jedenfalls nicht als rechtsirrtümlich bezeichnet werden, wenn die Vorinstanz seine gerichtliche Aussage nicht als konkludent dafür betrachtet hat, daß unter den beteiligten Gewerbeklassen in der Schweiz das Bewußtsein sich wirklich aufrecht erhalten habe, daß „Photophore" nicht Wasserstandsgläser mit roten Streifen auf weißem Grunde überhaupt, sondern nur solche aus der klägerischen Fabrik bedeuten.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Berufung des Klägers wird als unbegründet abgewiesen und daher das Urteil des Handelsgerichtes des Kantons Zürich vom 30. Dezember 1896 in allen Teilen bestätigt.

Siehe auch Nr. 53, Entscheid vom 16. Januar 1897 in Sachen Röthlisberger & Cie.

VI. Haftpflicht für den Fabrik- und Gewerbebetrieb.

Responsabilité pour l'exploitation des fabriques.

45. *Arrêt du 11 février 1897 dans la cause Berner contre Spack.*

A. Pierre Spack, maître charpentier, à Buchillon (Fribourg) a exécuté en 1895 les travaux de charpente d'un bâtiment construit pour le sieur Samuel Rentsch, syndic au dit lieu. Le 15 juin eut lieu la levée de la charpente. L'ouvrier charpentier, Frédéric Berner, d'Agrimoine, demeurant à Oberried, avait travaillé tout le jour avec les autres ouvriers. Au moment où le surveillant Gottfried Spack, fils de Pierre Spack, venait d'annoncer la cessation du travail, sur l'avis exprimé par un ouvrier nommé Blunier, qu'il fallait encore, pour la bonne façon, clouer une pièce dans la partie supérieure de la façade, Berner et cet ouvrier se mirent en devoir de faire ce travail. Dans ce but, deux planches furent placées au travers de deux baies de fenêtre du second étage de manière à faire saillie à l'extérieur. Blunier et Berner s'avancèrent chacun sur l'extrémité extérieure de l'une de ces planches, afin de clouer la pièce de bois qu'il s'agissait de fixer. Berner était muni pour ce travail d'une hache ; il avait déjà planté un clou et était en train d'en enfoncer un second lorsqu'il perdit l'équilibre et tomba sur le sol. Il fut transporté dans la maison de Spack et reçut le soir encore les soins du docteur Demisch, à Chiètres, lequel constata une paralysie générale des membres inférieurs, de la vessie et du gros intestin, une luxation et une fracture de la seconde ou troisième côte et une compression de la moëlle épinière. Le lendemain le blessé fut conduit à l'hôpital de l'Isle, à Berne, où il mourut six jours après, soit le 22 juin. Un rapport du médecin-assistant, Dr Dopfer, constate qu'une opé-

ration faite par le Dr Kocher a confirmé l'existence d'une lésion transversale de la moëlle épinière, qui se trouvait broyée et amollie sur une longueur considérable. La cause directe de la mort est attribuée à une pneumonie traumatique, déterminée sûrement par les lésions dues à la chute de Berner.

En date du 22 avril 1895, Pierre Spack avait fait à la « Société d'assurance contre les accidents à Cologne » une proposition d'assurance collective pour dix ouvriers, à teneur de laquelle l'indemnité à payer en cas de décès devait être de 6000 fr. par assuré. La Compagnie avait accepté cette proposition. Ensuite du décès de Berner, Spack ouvrit action pour obtenir le paiement de l'indemnité d'assurance convenue. La Compagnie résista à cette demande par le motif que le contrat d'assurance n'aurait pas été en vigueur au moment de l'accident, Spack n'ayant payé la première prime que plus tard. A l'audience du tribunal du district du Lac, du 14 février 1896, le demandeur se désista de ses conclusions en alléguant comme motif que la veuve de Frédéric Berner et ses enfants, nonobstant sommation à eux faite, n'étaient pas intervenus au procès.

B. Par citation en conciliation du 13 février et exploit demande du 9 mars 1896, veuve Rosine Berner, née Flückiger, agissant tant en son nom personnel qu'au nom de ses trois enfants mineurs, a ouvert action à Pierre Spack pour le faire condamner à lui payer:

1° Les frais faits en vue de la guérison de F. Berner.

2° Les frais funéraires.

3° Une indemnité pour le préjudice souffert par le défunt pendant sa maladie.

4° Une indemnité de 6000 fr. sous modération de justice, pour le préjudice causé à la demanderesse et à ses enfants par la perte de l'entretien auquel le défunt était tenu envers eux.

La demanderesse allègue à l'appui de ses conclusions que le défendeur, en sa qualité d'entrepreneur de charpente, est soumis à la loi fédérale du 26 avril 1887 sur l'extension de

la responsabilité civile des fabricants. Elle s'appuie en outre sur le contrat d'assurance conclu par le défendeur en faveur de ses ouvriers.

C. Le défendeur a conclu à libération des fins de la demande et subsidiairement à la réduction de l'indemnité réclamée. Il fait valoir les moyens de libération suivants: Berner n'était pas à son service au moment de l'accident. Il avait été payé et congédié la veille, à la suite d'une dispute avec d'autres ouvriers, et s'il a travaillé le 15 juin à la levée de la charpente, c'était en qualité de volontaire, de même que plusieurs autres personnes, et afin de pouvoir participer au repas qui devait avoir lieu à cette occasion. Le travail au cours duquel il est tombé n'était d'ailleurs pas un travail qui lui eût été commandé, mais une opération volontaire, accomplie après la cessation du travail et contrairement aux ordres donnés. Enfin l'accident est dû à la propre faute de Berner, qui se trouvait pris de vin le soir du 15 juin et s'est aventuré sur la planche d'où il est tombé malgré les avertissements qui lui ont été donnés.

Le défendeur soutient encore que la conclusion n° 3 de la demande ferait double emploi avec celle sous n° 4.

D. L'instruction de la cause, au cours de laquelle de nombreux témoins ont été entendus, a établi ce qui suit: F. Berner était né en novembre 1861 et âgé par conséquent de 33 $^1/_2$ ans au moment de son décès; sa femme avait alors 33 ans et ses enfants 2, 4 et 6 ans. Il n'a laissé aucune fortune et la demanderesse n'a pas d'autres ressources que le produit de son travail pour son entretien et celui de sa famille. A l'époque de l'accident, Berner travaillait pour le compte du défendeur depuis environ une année. Il touchait en dernier lieu un salaire de 2 fr. 90 par jour. Le 14 juin il avait reçu le paiement de ce qui lui était dû. Il a raconté lui-même au syndic Mæder, d'Agrimoine, le lendemain de l'accident, que le 15 juin au matin il s'était présenté chez le défendeur pour réclamer ses outils et que celui-ci lui aurait dit: « Je ne t'ai pas renvoyé; ce que tu pourrais faire de mieux, c'est d'aller tranquillement à l'ouvrage, » sur quoi il

se serait rendu au chantier. Ce récit, immédiatement noté par le syndic Mæder, a été signé par Berner. Ce dernier, au dire de nombreux témoins, était un ouvrier laborieux et entretenait convenablement sa famille. Il n'était pas buveur d'habitude, mais à l'occasion buvait un verre comme les autres ouvriers. Il était un peu prompt et parfois un peu téméraire. Le Dr Demisch a déclaré qu'en examinant Berner le soir de l'accident il n'avait perçu aucune odeur extraordinaire d'alcool, soit de vin soit d'eau-de-vie, bien qu'il se soit approché très près du visage du blessé; le contenu de la vessie, qu'il a dû vider artificiellement à cause de la paralysie, n'indiquait pas non plus que Berner eût consommé beaucoup d'alcool. Un seul témoin a déclaré qu'il avait trop bu le soir du 15 juin, et un autre a dit qu'il était un peu gai, ayant bu un verre de plus que les autres à l'occasion des distributions de vin faites dans l'après-midi par le propriétaire de la maison en construction. Tous les autres témoins ont déclaré qu'il avait bu comme les autres ouvriers. Un témoin a déclaré aussi qu'il aurait laissé tomber deux fois sa hache dans la journée, une fois le matin et une fois l'après-midi, parce que, l'ayant simplement posée sur la charpente au lieu de l'enfoncer dedans, comme c'est l'usage, l'ébranlement causé par les coups de marteau l'aurait fait tomber. Aucun témoin n'a pu affirmer que le surveillant des travaux, Gottfried Spack, ait cherché à empêcher Berner de monter sur la planche d'où il est tombé. Le dit surveillant se trouvait cependant, au dire du témoin Harrisberger, tout près de la planche, et ordonna même au témoin qui était assis sur celle-ci, de quitter sa place pour aller recueillir les outils. Un seul témoin, le sieur Théodore Rentsch, qui était aussi occupé à maintenir la planche à l'intérieur, a déclaré que, bien que n'ayant aucune surveillance à exercer, il aurait cherché à retenir Berner qui lui aurait répondu : « Je vais, et si le gars tombe, ce ne sera pas dommage pour lui. » Il résulte enfin des dépositions des témoins que l'outil le plus convenable pour le travail que Berner voulait faire était le marteau, mais que les charpentiers emploient indifféremment la hache ou le

marteau selon que l'un ou l'autre outil se trouve à leur portée.

E. Par jugement du 10 juillet 1896 le tribunal du district fribourgeois du Lac a admis la demande de la veuve et des enfants Berner en ce sens qu'il leur a alloué une indemnité de 2000 fr. pour toute chose. Le tribunal, tout en constatant en principe la responsabilité du défendeur, a estimé que l'indemnité devait être réduite par le motif que Berner aurait commis une faute consistant en ce que, le jour de l'accident, il aurait travaillé d'une manière imprudente, qu'il aurait laissé tomber deux fois sa hache sans se préoccuper du danger qu'il faisait courir aux ouvriers travaillant au-dessous de lui, que le soir il était un peu pris de vin et a entrepris sans ordre le travail, non sans danger, au cours duquel l'accident s'est produit, qu'au lieu de se servir d'un marteau pour ce travail, il a employé une hache dont le poids a pu contribuer à lui faire perdre l'équilibre, et enfin qu'il a persisté à aller de l'avant malgré l'avertissement d'un camarade, de telle sorte que sa manière d'agir constitue dans une certaine mesure une bravade imprudente et téméraire.

Les deux parties ont fait appel de ce jugement et demandé sa réforme dans le sens de leurs conclusions de première instance.

A la suite d'un recours incident en matière de preuves, la Cour d'appel a procédé, à la requête de la demanderesse, à l'audition de deux nouveaux témoins, dont l'un a déclaré que Berner lui avait dit, huit jours avant l'accident, qu'il contribuait pour un certain montant à l'assurance contractée par Spack. Le second témoin, ouvrier de Spack, a déclaré qu'il ne savait pas si Berner contribuait à l'assurance, mais que lui-même avait payé 2 fr. 90 par mois à Spack, soit environ 10 centimes par jour pour être assuré.

Par arrêt du 24 novembre, la Cour d'appel a réformé le jugement de première instance et porté l'indemnité à 3000 fr. Cet arrêt est basé en substance sur les motifs suivants : Il n'est pas contesté que la veille de l'accident Berner avait sinon reçu son congé, du moins touché ce que lui

devait Pierre Spack. Il a raconté lui-même que le 15 juin au matin il s'était rendu chez Spack pour réclamer ses outils et que celui-ci lui aurait dit : « Je ne t'ai pas renvoyé ; ce que tu pourrais faire de mieux, c'est de t'en aller tranquillement à l'ouvrage », sur quoi il y serait effectivement allé. Ce récit est sans doute contesté par Spack. Mais d'autre part il est certain que celui-ci a essayé, après l'accident survenu à Berner, de se mettre au bénéfice de l'assurance qu'il avait proposée à la Société d'assurance de Cologne et qu'il a même ouvert action à cette société en paiement d'une indemnité de 6000 fr. Ces actes judiciaires confirment le récit de Berner et démontrent que ce dernier se trouvait bien au service de Spack le 15 juin 1895. Touchant le prétendu état d'ébriété de Berner le soir de ce jour, un seul témoin affirme qu'il avait trop bu et un autre qu'il était un peu gai, tandis que tous les autres ouvriers qui ont travaillé avec lui ce jour-là attestent qu'il avait bu comme eux. Et en effet, occupé du matin au soir à la levée de la charpente, il ne pouvait avoir bu au-delà de ce qui était servi à chaque ouvrier. D'ailleurs il est établi qu'il n'était pas buveur en général. Enfin la déclaration du Dr Demisch vient à l'appui du dire de la grande majorité des témoins et rend tout à fait inadmissible l'hypothèse que la chute de Berner aurait été causée par l'ivresse. Quant au grief fait à Berner de ce qu'il travaillait encore après que le surveillant avait annoncé la cessation du travail, il n'est pas sérieux. On ne peut reprocher à un ouvrier son zèle et son dévouement. Le défendeur s'est encore efforcé de prouver que Berner aurait commis un acte de témérité, en s'aventurant, malgré le conseil du sieur Th. Rentsch, sur la planche d'où il est tombé. En réalité, Berner n'a commis aucune témérité, pas plus que l'ouvrier Blunier, qui au même instant faisait le même travail et dans la même position que lui. Ce travail n'offrait pas de danger particulier pour un charpentier habitué aux travaux de ce genre. Enfin le reproche fait à Berner de s'être servi de la hache plutôt que du marteau pour planter les cloux n'est pas non plus justifié, la plupart des témoins déclarant que l'on

se sert indifféremment de l'un ou de l'autre outil. Dès lors on ne saurait admettre que la chute de Berner doive être attribuée à une faute de celui-ci. Dans la position qu'il occupait, un vertige, un faux mouvement, un ébranlement de la planche causé par l'ouvrier qui la tenait ou le fait que cet ouvrier l'aurait lâchée peuvent avoir causé l'accident. De ce qui précède il suit que les lois fédérales du 26 avril 1887 et 23 juin 1881 sont applicables en la cause. L'indemnité de 2000 fr. allouée par la première instance apparaît comme insuffisante. Toutefois il faut tenir compte que l'accident revêt en grande partie le caractère d'un cas fortuit et que la situation et les bénéfices du défendeur sont très modestes. Dans ces conditions l'indemnité paraît devoir être fixée à 3000 fr. pour toute chose.

F. L'arrêt de la Cour d'appel a été communiqué aux parties le 16 décembre 1896. En date du 5 janvier 1897, veuve Berner a déclaré recourir au Tribunal fédéral contre cet arrêt. Elle déclare reprendre ses conclusions telles qu'elles sont ténorisées au protocole du tribunal cantonal et fait observer que son action se fonde aussi bien sur la loi spéciale en matière de responsabilité que sur les rapports découlant du contrat d'assurance passé avec la Compagnie « La Cologne » et sur le fait que Berner a versé des cotisations à Spack pour servir au paiement des primes.

Le 12 janvier Pierre Spack a déclaré se joindre au recours de la partie Berner pour le cas où le Tribunal entrerait en matière sur le recours ; il conclut éventuellement au rejet de la demande et subsidiairement à la réduction de l'indemnité à raison de la faute de Berner. Mais en première ligne il oppose au recours adverse une exception de non entrée en matière basée sur le fait que veuve Berner aurait donné en gage la créance résultant de l'arrêt cantonal pour garantir un emprunt de 2000 fr. Cette constitution de gage impliquerait, aux yeux de Spack, une acceptation du dit arrêt et par conséquent une renonciation au recours. Dans sa plaidoirie devant le Tribunal fédéral, l'avocat de Spack a en outre fait valoir un moyen nouveau consistant à dire que la partie

demanderesse n'aurait pas établi un point essentiel pour justifier ses conclusions, à savoir que le défendeur soit soumis à la loi fédérale du 26 avril 1887.

L'avocat de la partie Berner a conclu au rejet de l'exception de non entrée en matière soulevée par Spack et contesté la recevabilité, ainsi que le bien fondé du moyen nouveau invoqué par l'avocat adverse. Il a d'ailleurs déclaré que ses clients n'insistaient pas pour que leurs conclusions soient examinées au point de vue des rapports juridiques résultant de l'assurance conclue par F. Spack en faveur de ses ouvriers et du fait que ces derniers ont contribué par des cotisations aux frais de cette assurance.

Vu ces faits et considérant en droit :

1. — La partie Spack oppose tout d'abord au recours de la veuve Berner un moyen exceptionnel consistant à dire que celle-ci aurait accepté l'arrêt de la Cour cantonale par le fait qu'elle a donné en gage la créance résultant de cet arrêt. Cette exception n'est toutefois pas fondée. Abstraction faite du point de savoir si la créance résultant de l'arrêt cantonal pouvait être valablement donnée en gage en présence de la disposition de l'art. 7 de la loi du 25 juin 1881 sur la responsabilité des fabricants, on ne saurait voir dans le seul fait que la veuve Berner a engagé cette créance l'intention d'accepter l'arrêt cantonal comme définitif et de renoncer au droit de recours devant le Tribunal fédéral. D'ailleurs la constitution de gage est vis-à-vis de Spack une *res inter alios acta* dont il ne peut résulter aucun engagement de la part de la veuve Berner envers lui.

2. — Au fond P. Spack soutient que la demanderesse aurait négligé d'établir qu'il soit soumis à la loi du 26 avril 1887 sur l'extension de la responsabilité civile. Il est inutile de rechercher si cette objection, non soulevée devant les instances cantonales, pouvait encore être présentée devant le Tribunal fédéral, car elle doit en tout cas être repoussée comme dénuée de fondement. La demanderesse a en effet allégué expressément dans son exploit-demande du 9 mars 1896, que le défendeur, en sa qualité d'entrepreneur de charpente,

était soumis à la loi du 26 avril 1887. Le défendeur n'a pas contesté cette allégation. Il a ensuite été condamné par le tribunal de première instance en application de la dite loi, et cependant il n'a pas soutenu en appel qu'il n'y serait pas soumis. Il est par conséquent certain qu'il a reconnu tacitement que cette loi lui est applicable.

Dans sa demande, la veuve Berner avait déclaré baser ses conclusions non seulement sur les lois fédérales des 25 juin 1881 et 26 avril 1887, mais aussi sur les rapports juridiques résultant de l'assurance contractée par le défendeur au profit de ses ouvriers et des cotisations versées par ces derniers pour servir au paiement des primes. La cause n'a toutefois pas été instruite à ce second point de vue et les instances cantonales l'ont passé entièrement sous silence. La recourante Berner l'a elle-même abandonné devant le Tribunal fédéral en déclarant ne pas insister pour qu'il soit discuté. Il y a lieu dès lors d'en faire abstraction et d'examiner les conclusions des parties uniquement au point de vue des lois fédérales précitées sur la responsabilité civile.

3. — Les instances cantonales ont admis que Berner était employé par Spack comme ouvrier le 15 juin 1895. Cette solution n'est en contradiction avec aucune pièce du dossier et n'implique aucune erreur de droit. C'est avec raison que les juges de première instance et d'appel ont vu dans les tentatives faites par Spack pour se mettre au bénéfice du contrat d'assurance conclu avec la compagnie « La Cologne » la preuve que lui-même considérait Berner comme son ouvrier. Aucun fait n'a été établi qui soit de nature à infirmer cette déduction logique.

Spack a relevé spécialement dans son acte d'adhésion au recours le moyen de libération consistant à dire que l'accident serait dû à la propre faute de Berner. En fait, la cause immédiate de la chute de ce dernier n'est pas établie. Mais la Cour d'appel de Fribourg a estimé que cette chute ne peut être attribuée ni exclusivement ni en partie à une faute de la victime. Elle a admis en fait que Berner n'avait pas trop bu le soir du 15 juin 1895, qu'il n'y avait pas de danger

particulier pour un ouvrier charpentier comme lui et par conséquent pas d'imprudence de sa part à faire, dans les conditions où il l'a entrepris, le travail au cours duquel il est tombé; qu'enfin il n'y avait pas non plus d'imprudence à employer pour ce travail la hache au lieu du marteau. Ces constatations, basées essentiellement sur les preuves testimoniales et conformes au dire de la quasi-unanimité des témoins, lient le Tribunal fédéral. On doit considérer aussi comme mal fondé le reproche fait à Berner d'avoir agi sans ordre et après que la cessation du travail avait été annoncée. Il suffit de remarquer à ce sujet que l'opération au cours de laquelle l'accident s'est produit a eu lieu sous les yeux du surveillant des travaux qui n'y a fait aucune opposition. Ainsi donc aucun des reproches adressés à Berner n'est justifié, et c'est dès lors avec raison que la Cour d'appel a déclaré que l'accident ne pouvait être attribué à une faute de la victime.

4. — De ce qui précède il résulte que F. Spack est responsable en conformité des lois fédérales des 25 juin 1881 et 26 avril 1887 des suites de l'accident arrivé à F. Berner. Il reste par conséquent à déterminer le montant de l'indemnité due à la veuve et aux enfants de la victime.

Berner gagnait 2 fr. 90 c. par jour. En tenant compte des dimanches, des jours fériés et des jours de chômage d'un ouvrier charpentier à la campagne, son gain annuel devait s'élever à environ 800 fr. Spack ne se trouvant pas dans le cas de responsabilité illimitée prévu à l'art. 6 de la loi du 25 juin 1881, l'indemnité qu'il peut être tenu de payer ne doit pas, à teneur du même article, dépasser six fois le salaire annuel de Berner, soit au maximum 4800 fr., non compris les frais de traitement médical et d'inhumation. En outre ce maximum doit être réduit dans une proportion équitable pour tenir compte du caractère fortuit de l'accident. Il y a lieu aussi, conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, de réduire dans une certaine mesure l'indemnité eu égard à l'avantage que représente l'attribution d'un capital au lieu d'une rente. D'autre part, il faut prendre en

considération que Berner était un homme dans la force de l'âge (33 1/2 ans), que c'était un ouvrier laborieux et qui entretenait convenablement sa famille, que sa femme était âgée de 33 ans et ses enfants de 2, 4 et 6 ans seulement, et qu'ainsi il aurait pu et dû, dans le cours normal des choses, pourvoir pendant de longues années à leur entretien. Dans ces conditions, une indemnité de 3500 fr. pour la privation d'entretien apparaît comme tenant un juste compte de l'ensemble des circonstances.

Quant aux frais de traitement médical et d'inhumation, il n'en a été fourni aucune justification. Il est certain toutefois que la famille Berner a eu quelques dépenses à supporter de ce chef. Une allocation de 100 fr. apparaît comme une réparation suffisante de ce dommage, ainsi que de celui résultant de l'incapacité de travail de Berner pendant sa maladie.

La demanderesse n'a pas pris de conclusion en paiement d'intérêts sur les sommes réclamées par elle. Il n'y a dès lors pas lieu de prononcer que des intérêts lui sont dus dès une date antérieure au présent arrêt.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce:

Le recours de la veuve Berner est admis et l'arrêt de la Cour d'appel de Fribourg, du 24 novembre 1896, réformé en ce sens que l'indemnité à payer par Pierre Spack à la veuve Berner et à ses enfants est fixée à trois mille six cents francs (3600 fr.) pour toute chose.

---

46. Urteil vom 25. Februar 1897 in Sachen Lüthi gegen Stauffer.

A. Bei dem vom Baumeister Emil Lüthi in Burgdorf übernommenen Bau einer Leichenhalle auf dem neuen Friedhofe daselbst traf am 31. Oktober 1894 den Vorarbeiter Friedrich Stauffer, geboren 1862, ein Unfall. Es handelte sich darum, einen

etwa 24 Zentner schweren Querstein, sog. Stürzel, auf die beiden Eingangssäulen zu der Halle, die an den vorhergehenden Tagen versetzt worden waren, aufzulegen. Mit der Leitung der Arbeit war eben der verunglückte Stauffer betraut worden. Das Heben der Last wurde in der Weise bewerkstelligt, daß der Stein in eine eiserne Zange genommen und mittelst eines Differenzialkettenzuges aufgewunden wurde. Bevor derselbe jedoch an Ort und Stelle war, fiel er plötzlich aus der Höhe herunter und zerschlug ein Gerüst, auf dem sich Stauffer gerade befand, um das Einsetzen vorzubereiten. Dieser kam dabei zu Fall und wurde überdies zwischen den herabstürzenden Stein und eine Mauer eingeklemmt. Dabei erlitt er einen komplizierten Bruch des linken Unterschenkels, verschiedene Knochenbrüche am linken Fuß und eine ausgedehnte Quetschung der linken Hüft- und Lendengegend mit großem Bluterguß unter der Haut. Bis zum 22. Januar 1895 wurde Stauffer in der Bezirkskrankenanstalt Burgdorf behandelt. Auch nachher noch war er während längerer Zeit gänzlich arbeitsunfähig, und die frühere Funktionsfähigkeit hat er überhaupt nicht wieder erlangt.

B. Mit Klagsvorladung vom 10./19. Oktober 1895 belangte Friedrich Stauffer den Emil Lüthi auf Entschädigung für die Folgen des am 31. Oktober 1894 erlittenen Unfalls gemäß Haftpflichtrecht. Im einzelnen forderte er ein: den Betrag des von der Bezirkskrankenanstalt Burgdorf verlangten Pflegegeldes mit 145 Fr. 25 Cts., an Arztkosten 27 Fr. und an Apothekerkosten 90 Cts.; sodann eine Entschädigung für gänzliche Erwerbsunfähigkeit vom 31. Oktober 1894 bis 21. April 1895 700 Fr. 35 Cts. unter Abzug eines erhaltenen Vorschusses von 350 Fr., also 350 Fr. 35 Cts.; ferner Ersatz eines Verdienstausfalles von 50 % vom 22. April bis 1. Juli 1895; endlich angemessene, nach dem Ergebnis einer gerichtlichen Expertise festzusetzende Entschädigung für dauernde teilweise Erwerbsunfähigkeit. Der Unfall habe, wurde angebracht, abgesehen von einer anfänglich gänzlichen, dann um die Hälfte reduzierten Erwerbsunfähigkeit während der Heilungsperiode, eine bleibende Invalidität zur Folge, indem das linke Bein um ca. 1 Cm. verkürzt und in seiner Gebrauchsfähigkeit beinträchtigt sei. Den daraus resultierenden Verdienstausfall be-

treffend, sei davon auszugehen, daß der Durchschnittstaglohn des Klägers bei 10 ½ Arbeitsstunden und 43 Cts. Stundenlohn per Tag 4 Fr. 83 Cts. betragen habe, daß aber ein Maurer- oder Steinhauerpolier 6—7 Fr. im Tag oder mehr verdienen könne. Ueberdies falle in Betracht, daß der Unfall in einem Verschulden des Beklagten seine Ursache finde. Es wäre, wie letzterer selbst beim Aussöhnungsversuche zugestanden habe, technisch richtiger und ungefährlicher gewesen, wenn der herabgestürzte Stein statt in die Zange in Seile genommen worden wäre. Solche seien aber nicht genügend vorhanden gewesen. Zudem habe Lüthi ausdrücklich den Gebrauch der Zange angeordnet bezw. geduldet, indem er extra sog. Zangenbretter habe machen lassen und einem Arbeiter, den Stauffer zu ihm gesandt habe, um Seile zu holen, Weisung erteilt habe, die Arbeit sei mit der Zange zu machen. Der Beklagte bestritt den Anspruch, weil der Kläger den Unfall selbst verschuldet habe, während ihn seinerseits ein Verschulden nicht treffe. In letzterer Richtung wurden die bezüglichen Klagsanbringen verneint und selbständig angebracht: Zum Aufziehen mittelst Seilen sei genügend Material vorhanden gewesen. Selbst sodann sich mit dem Versetzen jenes Steines zu befassen, sei ihm, dem Beklagten nicht zuzumuten gewesen, da dies Sache der Poliere sei. Beklagter sei zudem damals mit dem Bau einer großen Fabrikanlage in Burgdorf beschäftigt gewesen. Das Selbstverschulden des Klägers werde darin erblickt: Stauffer habe als Polier wissen müssen, daß der Stein mittelst eines Strickes hätte emporgezogen werden sollen und daß es außerordentlich gefährlich sei, ihn mittelst der angewendeten Zange zu heben. Zudem habe Architekt Armin Stöcklin in Burgdorf, der den Bau als Mitglied der städtischen Baukommission überwacht habe, den Kläger mehrfach darauf aufmerksam gemacht, daß der Stein mittelst einer Schlaufe emporzuziehen sei. Auch die Mitarbeiter hätten ihn während der Ausführung der Arbeit, nachdem der Stein etwa 1 M. hoch gehoben worden sei, gewarnt fortzufahren, seien aber barsch abgewiesen worden. Uebrigens gehe aus der Klage selbst hervor, daß Stauffer sich der Gefahr bewußt gewesen sei, daß er vor dem Aufziehen noch einen Arbeiter auf ein benachbartes Gut nach Seilen ausgesandt habe. Der Beklagte bestritt ferner eventuell

auch in verschiedenen Punkten die Schadensberechnung: Der Taglohn sei, da die durchschnittliche Arbeitszeit im Geschäfte der Beklagten höchstens 10 Stunden betrage, nur auf 4 Fr. 60 anzusetzen und das Pflegegeld für den Aufenthalt in der Bezirkskrankenanstalt sei, was denn auch zugegeben wurde, bezahlt. Die Replik bewegte sich in der Hauptsache in Verneinungen. Selbständig wurde gegenüber den Antwortanbringen bemerkt: Was die Warnungen der Mitarbeiter während des Aufziehens des Steines betreffe, so seien diese nicht mißachtet worden, sondern man habe gemeinsam beratschlagt und sei einstimmig zu dem Beschluß gekommen, damit in gleicher Weise fortzufahren. Man habe sich dazu auch mit Rücksicht darauf entschlossen, daß der Beklagte wiederholt möglichste Beschleunigung der Arbeit anbefohlen habe. Die beiden kantonalen Instanzen hießen die Klage grundsätzlich gut, der bernische Appellations- und Kassationshof laut seinem Urteil vom 22. September 1896 im wesentlichen aus folgenden Gründen: Was die Einrede des Selbstverschuldens betreffe, so sei vorerst nicht hergestellt, daß das Material, das dem Kläger zum Heben des Steines zur Verfügung stand, genügt hätte, um denselben mittelst Seilen statt mit der Zange aufzuziehen. Ferner gehe aus der Beweisführung auch nicht hervor, daß die vom Kläger angewandte Hebmethode gefährlich sei, daß Stauffer als Polier dieselbe überhaupt nicht hätte anwenden dürfen, wie denn auch sein Verhalten am Unglückstage und im Prozesse nicht dafür angerufen werden könne, daß er selbst die Anwendung der Zange für so gefährlich gehalten habe, daß er dieselbe unter keinen Umständen hätte verwenden dürfen. Nur das könne gesagt werden, daß er, Kläger, die andere Methode selbst für die zweckmäßigere und weniger gefährliche gehalten habe. Richtig sei sodann, daß Architekt Stöcklin die Verwendung der Schlaufe, statt der Zange, empfohlen habe, und wahrscheinlich sei es, daß der Kläger diese Ermahnung vernommen habe. Allein damit habe Stöcklin nicht auf die Gefahr des Herabstürzens, sondern auf die Gefahr der Beschädigung des Steines aufmerksam machen wollen. Und was die Warnungen der Mitarbeiter vor und bei der Ausführung der Arbeit betreffe, so seien diese nicht etwa in den Wind geschlagen worden, sondern es sei die Anwendung der Zange erst

nach gepflogener Beratung mit den andern Arbeitern und unter Zustimmung derselben angeordnet worden. Trotzdem könne dem Kläger der Vorwurf der Fahrlässigkeit nicht erspart werden. Daß Lüthi einen von Stauffer zu ihm gesandten Arbeiter die Verabfolgung von Seilen verweigert oder gar absolut befohlen hätte, bei der Hebung des Steines die Zange zu verwenden, sei nicht erwiesen. Auch darin, daß Lüthi für den fraglichen Stein passende Zangenbretter bestellt habe, liege nicht eine so strikte Weisung, bei der Hebung desselben nur diese Bretter und die Zange zu verwenden, daß Stauffer sich unbedingt an dieselbe hätte gebunden halten müssen, wie er denn auch vorher die Säulen, für die von Lüthi ebenfalls besondere Zangenbretter bestellt worden seien, trotzdem mit Seilen gehoben habe. Unter diesen Umständen und da Stauffer gewußt habe, daß es richtiger und weniger gefährlich sei, statt mit der Zange mit Seilen das Heben des Steines zu bewerkstelligen, wäre es seine Pflicht gewesen, den Bauunternehmer hierauf aufmerksam zu machen und seine Weisung einzuholen. Da er dies nicht gethan, so müsse ihm ein Teil der Schuld an dem Unfalle beigemessen werden, wie dies Art. 5, litt. b des Haftpflichtgesetzes für einen ähnlichen Fall ausdrücklich statuiere. Wenn dann auch Lüthi wiederholt auf möglichste Beschleunigung des Baues der Leichenhalle gedrängt habe, so sei dies für Stauffer kein genügender Grund gewesen, die gebotene Mitteilung an jenen zu unterlassen, und gegen bessere Einsicht die Hebung des Steines mit der Zange anzuordnen, da die Arbeit nur für geringe Zeit hätte unterbrochen werden müssen und es sich überdies um eine Gefahr für Leben und Gesundheit von Menschen gehandelt habe. Immerhin lasse dieser Umstand das Verschulden Stauffers in einem mildern Lichte erscheinen, in welcher Beziehung weiterhin in Betracht falle, daß der Beklagte durch die Bestellung von Zangenbrettern doch auf die Verwendung der Zange hingewiesen, daß Stauffer die Anwendung dieser Methode erst nach gepflogener Beratung und im Einverständnis mit seinen Mitarbeitern angeordnet habe, und daß ihm deshalb die Gefahr wohl nicht so groß habe erscheinen mögen, wie sie wirklich gewesen sei. Zudem gehe aus dem Gesagten hervor, daß den Beklagten ein Mitverschulden an dem Unfalle treffe. Nachdem er selbst durch Bestellung der

Zangenbretter auf die Verwendung der Zange hingewiesen, wäre es seine Pflicht gewesen, bei der Hebung des Steines zugegen zu sein und zuzusehen, ob es auf die angegebene Weise gehe. Nach den Experten pflege der Bauunternehmer über eine solche Arbeit, wie das Versetzen eines derartigen Stückes, mit dem Polier in der Regel vorher Rücksprache zu nehmen; und vorliegend sei ein Hindernis dafür nicht vorhanden gewesen. Denn wenn auch Lüthi seine Hauptaufmerksamkeit einem Fabrikbau, den er gleichzeitig in Arbeit gehabt, zugewendet habe, so sei er doch fast alle Tage auf dem Bauplatz der Leichenhalle gekommen und habe, zumal da die Hebung des Steines schon am Vorabend des Unfalltages vorbereitet worden sei, Gelegenheit gehabt, die anzuwendende Methode mit Stauffer zu besprechen. Er habe diesem die Leitung der Arbeit um so weniger überlassen dürfen, als er denselben nicht wie einen fertigen Polier bezahlt habe. Jedenfalls hätte er unter solchen Umständen durch Lieferung des nötigen Materials dafür sorgen sollen, daß die sichere Methode angewendet werden konnte. Bei Würdigung aller dieser Umstände erscheine es richtig, ungefähr gleiche Schuld der Parteien anzunehmen, wobei immerhin die Schuld des Beklagten überwiege. Das Quantitativ der Entschädigung betreffend sodann bemerkte der Appellations- und Kassationshof: Parteien seien einig, daß der Kläger an Heilungs- und Verpflegungskosten nur noch 15 Fr. 90 Cts. zu fordern habe. Die vollständige Arbeitsunfähigkeit habe 172 Tage gedauert, wovon 141 Arbeitstage seien. Der Taglohn des Klägers sei nach der Beweisführung auf 4 Fr. 60 Cts. (10 Stunden zu 46 Cts.) anzusetzen. Auf die 141 Tage gänzlicher Arbeitsunfähigkeit entfielen somit 648 Fr. 60 Cts. Davon kommen in Abzug: der erhaltene Vorschuß mit 350 Fr. und der auf 83 Fr. zu bemessende Betrag der Kosten des Unterhaltes während der Spitalbehandlung, da sich Stauffer in dieser Zeit nicht selbst habe verköstigen müssen. Während 73 Tagen sodann sei Kläger nur zur Hälfte arbeitsfähig gewesen. Der Verdienstausfall für die 60 hierauf entfallenden Arbeitstage mache 138 Fr. aus. Die bleibende Verminderung der Erwerbsfähigkeit sodann sei nach dem medizinischen Experten in Verbindung mit den Ansichtsäußerungen der technischen Experten über die künftige Eignung des Klägers zur Ver-

sehung der Stelle eines Poliers auf $^1/_6$ anzuschlagen. Das Jahreseinkommen sei nach einem Taglohn von 4 Fr. 71$^1/_2$ Cts. zu berechnen. Es seien nämlich 10$^1/_4$ tägliche Arbeitsstunden einzusetzen, weil dies in Geschäften, wie das des Beklagten, der Normalarbeitstag sei. Der jährliche Ausfall betrage sonach rund 235 Fr. Bei Berechnung der Jahresrente sei auf das Alter abzustellen, das Kläger am 1. Juli 1895 hatte, da er für die Zeit bis dahin besonders entschädigt würde. Damals sei Stauffer 33 Jahre alt gewesen. Einer Jahresrente von 235 Fr. würde bei diesem Alter ein Kapital von 4172 Fr. 89 Cts. entsprechen. Davon die üblichen 20 % abgezogen, verblieben 3341 Fr. 33 Cts. Der Gesamtschaden, der dem Kläger entstanden sei, belaufe sich somit auf 3694 Fr. 93 Cts. Davon habe der Beklagte etwas mehr als die Hälfte oder rund 2000 Fr. zu tragen, wozu noch die unbezahlten Heilungskosten mit 15 Fr. 90 Cts. kommen. Demgemäß wurde erkannt: Dem Kläger Friedrich Stauffer ist sein Klagsbegehren zugesprochen im Betrage von 2015 Fr. 90 Cts., zinsbar à 5 % seit dem Tage der Zustellung der Klage an den Beklagten Emil Lüthi.

C. Gegen dieses Urteil hat der Beklagte die Berufung an das Bundesgericht erklärt und die Anträge gestellt und heute durch seinen Anwalt wiederholen lassen:

„1. Es sei der Kläger Stauffer mit seinem Rechtsbegehren „abzuweisen.

„2. Er sei zur Bezahlung der sämtlichen Prozeßkosten gegen„über dem Beklagten zu verurteilen.

„3. Eventuell: Es sei die dem Kläger Stauffer durch den hohen „Appellations- und Kassationshof des Kantons Bern I. Civil„abteilung zugesprochene Entschädigung angemessen zu reduzieren.

„4. Es sei diese Reduktion in Bezug auf die Verteilung der „Kosten angemessen zu berücksichtigen.“

Der Kläger hat sich der Berufung angeschlossen und in der bezüglichen Eingabe schriftlich und heute mündlich beantragt: „es „soll die Haftpflichtentschädigung, welche dem Kläger und Beru„fungsbeklagten durch das kantonale Haupturteil zugesprochen „worden ist, im Sinne der Klaganbringen angemessen erhöht „werden.“

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Als äußere Ursache des Unfalles ist nach der Darstellung beider Parteien, wie nach dem gesamten übrigen Prozeßmaterial, der Umstand zu betrachten, daß zum Heben des steinernen Querbalkens auf die beiden Eingangssäulen ein Verfahren angewendet wurde, das die Gefahr eines Herabstürzens der Last während des Aufziehens in sich schloß, und statt dessen nach den Experten im vorliegenden Fall richtiger ein anderes, ungefährlicheres hätte eingeschlagen werden sollen. Wenn daher festgestellt werden soll, ob den Kläger oder den Beklagten oder beide zusammen eine Schuld an dem Unfalle treffe, so fragt es sich, ob es einem derselben oder beiden zur Fahrlässigkeit anzurechnen sei, daß eben dieses gefährliche Verfahren eingeschlagen wurde. Was nun zunächst den Unternehmer betrifft, so ist vorerst zu bemerken, daß dieser nicht nur die Pflicht hat, für die Folgen der Gefahren, die den Betrieb seines Gewerbes für Leben und körperliche Integrität seiner Arbeiter bietet, durch Leistung von Schadenersatz aufzukommen, daß es ihm vielmehr auch obliegt, den Betrieb in einer Weise zu gestalten, bezw. mit solchen Sicherheitsmaßnahmen zu umgeben, daß die Gefährdung thunlichst herabgesetzt wird, wobei immerhin nicht die äußerste Vorsicht verlangt werden darf, sondern nur diejenige, die üblich oder nach vernünftigem Ermessen den Verhältnissen entsprechend erscheint. Damit ist nicht gesagt, daß der Unternehmer bei jeder über das gewöhnliche auch nur einigermaßen hinausgehenden Arbeit selbst zugegen sein oder das geeignete Verfahren im Detail jeweilen zum Voraus bestimmen müsse. Vielmehr kann er die Leitung der Arbeiten, deren Durchführung nicht die Einsetzung seiner besondern, höhern Kenntnisse erfordert, sehr wohl einem Vorarbeiter, einem Polier, überlassen, sofern nur dieser der Arbeit gewachsen ist. Vorliegend traf nun aber letztere Voraussetzung offenbar nicht zu. Nicht nur der Erfolg, sondern auch die öftern Beratungen während der Arbeit und dann namentlich der Umstand, daß der Beklagte dem Kläger nicht den Lohn eines richtigen Vorarbeiters zahlte, lassen mit Sicherheit darauf schließen, daß man es hier eben nicht mit einem fertigen Polier zu thun hatte, und daß der Beklagte selbst den Kläger nicht als solchen betrachtete. Dann durfte derselbe aber auch die fragliche Arbeit,

die doch nicht eine ganz gewöhnliche war, sondern gewisse besondere Gefahren bot, nicht völlig dem Kläger überlassen, sondern hätte zum mindesten durch Erteilung bestimmter Instruktionen selbst für eine richtige Durchführung derselben sorgen sollen. Es erklären denn auch die technischen Experten, daß solche Arbeiten überhaupt zwischen dem Unternehmer und dem Polier in der Regel wenigstens vorher besprochen zu werden pflegen, und hierzu hatte der Beklagte mit Rücksicht auf die mangelhafte Befähigung des Klägers besondern Anlaß, und, wie die Vorinstanz in unanfechtbarer Weise feststellt, auch alle Gelegenheit. Wenn er sich trotzdem auf seinen Polier verlassen wollte, so wäre es aber dann doch unter allen Umständen in seiner Pflicht gelegen, dafür zu sorgen, daß derselbe gegebenen Falls statt der Zange das Verfahren mit den Seilen hätte anwenden können. Er durfte dem Polier die Verantwortlichkeit nur überlassen, wenn er ihm auch die Wahl des Verfahrens überlies. Abgesehen nun aber davon, daß Lüthi durch die Bestellung von Zangenbrettern, die dem fraglichen Stein angepaßt waren, zu erkennen gegeben hatte, daß er die Zange angewendet wissen wollte, war nach den Feststellungen der Vorinstanz das für das andere Verfahren nötige Material nicht auf dem Platze. Diese Feststellung ist heute zwar bemängelt worden. Allein zu Unrecht. Denn mag auch das Beweismaterial in diesem — wie auch in andern Punkten — gewisse Widersprüche aufweisen und nicht überall ein klares Bild über die thatsächlichen Verhältnisse und Vorgänge liefern, so kann doch davon nicht gesprochen werden, daß hier oder sonst in irgend einem Punkte die thatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz aktenwidrig seien. Im Gegenteil scheint überall das gesamte Aktenmaterial einer eingehenden Würdigung unterstellt und es scheinen die Schlüsse unter sorgfältiger Abwägung aller maßgebenden Momente gezogen worden zu sein. Stauffer war somit auch aus diesem Grunde in der Wahl des Verfahrens nicht frei. Wäre aber genügend Material vorhanden gewesen, um den Stein mit Seilen zu heben, so wäre durch den Kläger und seine Mitarbeiter offenbar diese Methode gewählt worden, wie ohne weiters daraus hervorgeht, daß man schon vor Beginn und dann wieder während der Ausführung der Arbeit darüber beratschlagte, ob man wirklich das Heben mit der

Zange bewerkstelligen bezw. fortsetzen wolle. Danach hat aber der Beklagte der fraglichen Arbeit nicht diejenige Aufmerksamkeit zugewendet, die er ihr nach ihrer Wichtigkeit und nach ihrer Schwierigkeit zuwenden mußte. Hätte er gethan, was in seiner Pflicht lag, so wäre es wahrscheinlich nicht dazu gekommen, daß die gefährlichere Methode der Ausführung angewendet wurde, und es muß deshalb der Unfall, der auf die Anwendung dieses Verfahrens zurückzuführen ist, dem Beklagten zur Schuld angerechnet werden. Immerhin trifft, wie die Vorinstanz richtig ausführt, den Kläger selbst auch ein Verschulden. Dieser war sich jedenfalls bewußt, daß die Anwendung der Zange gefährlicher und weniger zweckmäßig sei, als die Verwendung von Seilen. Das Verhalten am Unglückstag und auch die Zugeständnisse im Prozesse lassen hierüber keinen Zweifel. Mit Recht folgert aber die Vorinstanz hieraus, daß der Kläger unter solchen Umständen dem Beklagten hätte Mitteilung machen und von ihm definitive Weisung hätte einholen sollen; und in zutreffender Weise führt sie weiter aus, daß man es hier mit einem ähnlichen Falle zu thun habe, wie dem in Art. 5, litt. b des Fabrikhaftpflichtgesetzes vorgesehenen, dem Fall nämlich, daß dem Arbeiter ein Teil der Schuld zuzumessen ist, wenn er einen Mangel der Einrichtungen, durch den der Unfall herbeigeführt worden ist, entdeckt hat, ohne davon seinem Vorgesetzten oder dem Betriebsunternehmer Kenntnis gegeben zu haben. Wenn es übrigens auch mit Rücksicht darauf, daß dem Kläger Beschleunigung der Arbeit anbefohlen war, daß ihm zur Anwendung des andern Verfahrens die nötigen Hilfsmittel nicht zu Gebote standen und daß der Meister selbst durch Bestellung von angepaßten Zangenbrettern seine Ansicht über die anzuwendende Methode deutlich zum Ausdruck gebracht hatte, dem Stauffer nachgesehen werden möchte, daß er den Versuch unternahm, den Stein mit der Zange zu heben, ist es denn doch nicht zu entschuldigen, daß er davon nicht abstand, nachdem er von dem Arbeiter Aebi darauf aufmerksam gemacht worden war, daß die Zange beim Heben des Steines auf einen ersten Absatz hinuntergerutscht sei. Und mag immerhin, wie bei Beginn der Arbeit, so auch in jenem Momente, von sämmtlichen Arbeitern Rat gehalten worden sein, ob man in gleicher Weise weiterfahren wolle, und

mögen ferner auch die andern sich hiemit einverstanden erklärt haben, so muß doch nach den Aussagen namentlich von Aebi und Martegani angenommen werden, daß dabei Stauffer seine Autorität als Vorarbeiter, zum Teil sogar in etwas brüsker Weise, zur Geltung gebracht und so, wie es übrigens in seiner Stellung lag, den Ausschlag gegeben hat. Damit hat er aber auch eine erhöhte Verantwortlichkeit übernommen und kann er sich nicht durch den Hinweis darauf stützen, daß man allgemein einverstanden gewesen sei, daß auf gleiche Art die Arbeit fortgesetzt werde. Eine Schuld ist somit in der That auch dem Kläger beizumessen. Immerhin erscheint diejenige des Beklagten als die überwiegende, was bei Verteilung des durch den Unfall entstandenen Schadens zu berücksichtigen ist.

2. Was nun die Festsetzung der Entschädigung anbelangt, so ist das Bundesgericht an die Fixierung der einzelnen thatsächlichen Elemente der Schadensberechnung gebunden, da keine der bekannten Ausnahmen zutrifft. Dagegen ist bei der auf Grund dieser Faktoren vorzunehmenden Schadensarbitrierung das Bundesgericht frei. Eine eigene Berechnung führt aber zu ungefähr dem nämlichen Schlußergebnis, so daß einfach an diesem festzuhalten ist.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Berufung des Beklagten und die Anschlußberufung des Klägers werden verworfen und das angefochtene Urteil des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern vom 22. September 1896 wird in allen Teilen bestätigt.

Siehe auch Nr. 51, Urteil vom 20. Februar 1897
in Sachen Bachmann gegen
Schweizerische Eidgenossenschaft.

VII. Erfindungspatente. — Brevets d'invention.

47. *Arrêt du 5 mars 1897 dans la cause Gros-Léziat contre Dupuis frères.*

A. John Messaz, à Genève, a demandé le 21 et obtenu le 25 novembre 1889 du bureau fédéral de la propriété intellectuelle à Berne la délivrance d'un brevet d'invention, portant le n° 1631, classe 85, pour un « outil diviseur applicable à tous les tours de lapidaire et permettant de tailler toutes espèces de pierres. » Il a également pris des brevets pour le même outil dans divers pays étrangers, entre autres en France le 30 mai 1890.

Le 16 mars 1893 il a cédé son brevet pour la Suisse à Dupuis frères, diamantaires à Genève.

Le 27 décembre de la même année, sieur Gros-Léziat, à Genève, a obtenu aussi du bureau fédéral de la propriété intellectuelle un brevet n° 7774, classe 85, pour un « outil de précision servant à tailler les pierres fines ou fausses et permettant d'obtenir des séries de pierres identiques ou variées à volonté. » Dans son exposé d'invention Gros-Léziat déclare que son outil se compose :

1° D'un porte-pierre mobile pouvant se déplacer le long d'un secteur dont une partie, divisée en 90 degrés, sert au réglage de l'inclinaison, l'extrémité inférieure du porte-pierre forme toujours le centre du secteur, quelle que soit l'inclinaison qui lui est donnée ;

2° d'un pied servant de point d'appui et maintenant un dispositif spécial pour le réglage de la hauteur ; ce pied est muni d'une coulisse ;

3° d'une poignée reliant le pied avec un second pied à deux appuis ;

4° d'un levier servant à soulever l'outil et permettant de régler la hauteur désirée sans déplacer le dit outil.

Le 7 mai 1895, Dupuis frères, estimant que l'outil breveté

à la demande de Gros-Léziat était une contrefaçon du leur, ont assigné ce dernier devant la Cour de justice civile pour :

a) entendre prononcer la nullité du brevet n° 7774 comme constituant une contrefaçon du brevet n° 1631 appartenant aux demandeurs;

b) entendre ordonner la destruction des outils contrefaits;

c) s'ouïr faire défense d'en fabriquer de nouveaux à peine de 1000 francs de dommages-intérêts par contravention constatée;

d) s'ouïr, en outre, condamner à payer 2000 francs de dommages-intérêts.

En cours d'instance ils ont porté leur demande de dommages-intérêts d'abord à 5000 francs, puis à 10 000 francs.

Gros-Léziat s'est défendu d'avoir contrefait le brevet des demandeurs; il a tout d'abord déclaré, par écriture du 25 septembre 1895, qu'il ne connaissait pas l'outil inventé par Messaz et s'était borné à perfectionner, sans s'inspirer du travail de qui que ce soit, un outil connu dès longtemps chez les diamantaires.

B. Sur la demande des parties, la Cour a désigné M. E. Thury, constructeur-mécanicien, comme expert aux fins de voir les deux outils et de dire si celui construit par Gros-Léziat est une contrefaçon de celui inventé par Messaz.

Dans son rapport, l'expert déclare avoir vu dans les ateliers de Dupuis frères un outil exactement semblable à celui décrit dans le brevet Messaz, ainsi que d'autres portant la marque et le numéro du brevet suisse n° 1631. Il a vu ensuite dans les ateliers de Gros-Léziat et en main de son conseil juridique deux outils conformes au brevet suisse n° 7774, ainsi qu'une série d'outils anciens différant par des détails de construction de l'outil définitif, plus deux outils de construction différente. Il décrit comme suit les deux outils brevetés :

Outil Messaz.

La pierre à travailler est collée à l'extrémité d'une petite tige de métal, soit porte-pierre, engagée dans un arbre creux et retenue par une pince dite américaine. L'arbre creux entraînant le porte-pierre dans son mouvement peut tourner

autour de son axe d'une quantité déterminée par une roue dentée fixée à son extrémité. Cette roue, ou diviseur, porte à son pourtour un certain nombre de coches dans lesquelles pénètre un ressort d'arrêt qui fixe ainsi le porte-pierre dans la position voulue suivant le nombre de faces à tailler. Une disposition spéciale de deux vis antagonistes permet de déplacer ce ressort d'arrêt latéralement pour faire tourner la pierre d'une petite quantité lorsqu'il s'agit de reprendre exactement une facette d'une pierre déjà taillée. L'affût dans lequel tournent l'arbre et le porte-pierre peut lui-même pivoter dans un plan parallèle à l'axe du tour autour d'un centre de rotation qui se trouve sensiblement à la hauteur de la pierre à tailler. Il peut ainsi être incliné d'une quantité déterminée en se déplaçant sur un arc de cercle divisé en 90 degrés, et arrêté dans la position voulue au moyen d'un bouton de serrage. Enfin l'ensemble de cet outil diviseur est fixé sur une tige cylindrique parallèle à l'axe de la meule; au moyen d'un ressort, d'une bague d'arrêt et d'une vis de buttage, il peut glisser le long de cet axe et permet en outre un mouvement de rotation dans le plan de la meule. Il résulte de ces dispositions quatre mouvements possibles :

1° rotation de la pierre autour de son axe, obtenue par le diviseur et le ressort d'arrêt;

2° inclinaison de la pierre sur le plan de la meule au moyen du secteur gradué;

3° rapprochement ou éloignement du plan de la meule;

4° rotation de tout l'outil dans le plan de la meule.

L'outil diviseur employé par Dupuis frères est monté sur un tour de pierriste à meule verticale; mais les brevets Messaz spécifient que l'outil peut se monter sur un tour quelconque.

Outil Gros-Léziat.

Cet outil se compose de deux parties distinctes, la tête, soit l'outil diviseur proprement dit, et le support.

a) Le porte-pierre est monté au moyen de la pince américaine dans un arbre creux avec diviseur et ressort d'arrêt semblables à ceux de l'outil Messaz. La douille dans laquelle

tourne cet arbre est montée sur un charriot semi-circulaire pouvant glisser le long d'un arc de cercle divisé en 90 degrés. Un index et une vis de serrage permettent d'arrêter ce charriot sur le point voulu pour donner à la pierre l'inclinaison désirée.

b) Le support à deux bras qui porte l'arc divisé est lui-même monté sur un coulisseau vertical muni d'une vis de rappel à pas rapide, avec tête divisée et pignon de commande. La partie inférieure de ce coulisseau forme point d'appui et une poignée le relie à une pièce fixe formant un double point d'appui en arrière. L'outil forme ainsi un tout indépendant du tour. Le tour employé étant un tour à meule horizontale, soit lapidaire, l'outil est posé sur un support placé à hauteur convenable à côté du lapidaire. Un petit levier placé sous la poignée et agissant sur une tige verticale permet de soulever l'outil au-dessus de la meule, d'une petite quantité, pendant le changement d'orientation de la pierre.

Comparant la construction des deux outils, l'expert constate que le but à atteindre est le même et la voie suivie pour y arriver identique. Les différences de construction proviennent de ce que Messaz a adapté son outil à un tour à arbre horizontal, comme ceux dont se servent les horlogers ou les pierristes, tandis que Gros-Léziat a plutôt cherché à utiliser le tour de lapidaire en usage dans les tailleries de diamants. Les outils que ce dernier a soumis à l'expert, de construction plus simple et, à son dire, antérieure à la prise du brevet Messaz, montrent que leur auteur ne s'est pas borné à reproduire les dispositions de son concurrent, mais que c'est par son étude suivie du sujet qu'il est arrivé par des perfectionnements successifs à la forme définitive qu'il a fait patenter. Cependant la partie essentielle de l'outil, la tête, paraît trop semblable à celle décrite dans le brevet Messaz pour que Gros-Léziat ne se soit pas laissé influencer par la connaissance qu'il pouvait avoir de ce brevet. Son outil actuel forme un ensemble parfait et certaines dispositions ingénieuses qui ne se retrouvent pas dans l'outil Messaz, telles que le petit levier qui soulève l'outil, montrent chez l'auteur une connaissance appro-

fondie du sujet. L'expert conclut de la comparaison des outils:

1° Que Gros-Léziat est arrivé à la construction de son modèle définitif par un travail personnel dont l'origine est antérieure à la prise du brevet Messaz;

2° que la partie essentielle des outils est identique dans les deux brevets, les différences signalées étant peu importantes;

3° qu'ainsi Gros-Léziat, qui devait avoir connaissance du brevet Messaz, n'était pas fondé à prendre postérieurement lui-même un brevet pour le même objet.

L'expert explique que ces conclusions sont basées sur la supposition de la validité du brevet Messaz. Mais il observe à ce sujet qu'en examinant la partie contestée des deux outils, en particulier du premier, on voit qu'aucun organe nouveau n'entre dans leur construction. Le porte-pierre, la pince américaine, le diviseur et son arrêt, l'arc de cercle gradué sont des organes qui se retrouvent à chaque instant dans tous les outils pour le travail des métaux, soit seuls, soit combinés entre eux, de diverses manières, suivant le but à atteindre. Si donc il y a invention, ce ne peut être que dans l'ensemble de la combinaison en vue d'un résultat spécial à obtenir. Mais alors si l'outil Messaz remplit ces conditions, l'outil Gros-Léziat doit les remplir aussi, puisque par une combinaison différente dans son ensemble, il est arrivé à un outil qui remplit le même but en ayant seulement de commun avec celui de Messaz des organes qui sont dans le domaine public. L'idée même de l'application d'un procédé mécanique à la taille des pierres fines n'est pas nouvelle. Les horlogers emploient sur leurs tours, pour les pierres destinées aux levées des échappements à ancre, une disposition semblable à celle de Dupuis frères et Gros-Léziat. En outre, comme il existe des tailleries mécaniques déjà anciennes en France et même en Suisse, on ne voit pas comment elles pourraient opérer si elles n'employaient pas des procédés analogues à ceux de Dupuis frères et Gros-Léziat.

Appelé à comparaître personnellement avec les parties devant la Cour, l'expert, tout en confirmant son rapport, a

déclaré qu'il considérait comme certain qu'avant la prise du brevet Messaz, Gros-Léziat avait fait des recherches et des essais personnels en vue d'arriver au même but que celui poursuivi par Messaz, mais n'était pas arrivé à un résultat définitif, et qu'après avoir vu l'outil Messaz, il s'en était évidemment inspiré pour arriver à la forme définitive de l'outil qu'il a fait breveter; il en a même copié, d'après l'expert, les deux organes essentiels, le secteur et le diviseur, qui existent bien dans ses premiers essais, mais avec une disposition toute différente.

C. Devant la Cour, Gros-Léziat a reconnu qu'il avait vu en 1889 et 1890, dans l'atelier de Messaz, l'outil que celui-ci a fait breveter et qu'il avait montré de son côté à Messaz le résultat des recherches auxquelles il dit s'être livré dès 1886. Il a expliqué que ce qu'il revendique personnellement, c'est la disposition du pied de son outil. De plus, il a contesté que l'outil construit par Messaz constitue une invention et a conclu en conséquence à l'annulation du brevet n° 1631 et au rejet de toutes les conclusions des demandeurs. Subsidiairement il a demandé à être acheminé à prouver tant par titres que par témoins :

1° Qu'antérieurement à la prise du brevet Messaz, il s'était adonné à la recherche d'un procédé pour tailler les pierres;

2° qu'en 1886 et 1887 déjà ses recherches avaient produit des résultats intéressants;

3° que ces résultats étaient bien le produit de son travail personnel et original;

4° qu'ainsi il avait pris des mesures nécessaires à l'exploitation de son procédé;

5° qu'en outre il existait en Suisse, depuis au moins 25 ans, des machines analogues à celles de Dupuis frères et servant à la taille des pierres fines ou fausses et qu'ainsi le procédé était suffisamment connu en Suisse pour être exécuté par un homme du métier;

6° qu'ainsi le défendeur ne s'est pas et ne peut s'être rendu coupable de contrefaçon.

D. A l'appui de leurs conclusions, les demandeurs ont pro-

duit une double consultation de l'ingénieur Imer-Schneider. Celui-ci soutient en résumé que l'outil Messaz est une combinaison nouvelle de moyens connus, susceptible de produire un travail déterminé mieux et à meilleur marché que ne le produisaient les outils connus auparavant et comme tel brevetable. En laissant de côté les parties accessoires, l'ensemble de la combinaison, qui constitue l'invention brevetée, se compose du cadran, de l'affût, de l'arbre creux avec pince américaine, d'une plaque à diviser, d'un cliquet et de la vis d'arrêt de l'affût. Or toutes ces parties essentielles se retrouvent avec leur même destination dans l'outil Gros-Léziat. Il suit de là que cet outil constitue une contrefaçon manifeste de l'invention Messaz. Il comprend cependant un dispositif spécial (la combinaison du pied et de la poignée et le levier) qui semble n'avoir en lui-même aucune espèce de valeur, mais qui pourrait justifier l'existence du brevet Gros-Léziat en ce qui concerne ce dispositif spécial.

E. Le défendeur a produit de son côté une lettre de l'ingénieur Roche, à Genève, lequel constate en résumé que les deux outils brevetés se composent de deux dispositifs distincts l'un de l'autre. Le dispositif principal, comprenant le porte-pierre, le diviseur et le secteur, quoique différent dans le groupement de ses parties, peut être considéré comme similaire. Il ne pouvait du reste en être autrement, attendu que ces différentes parties existaient déjà antérieurement à la prise des brevets dans les ateliers s'occupant de la taille de pierres fines ou fausses. Le second dispositif, destiné à rapprocher et éloigner la pierre de la meule, est complètement différent dans les deux outils.

F. Avant de statuer en la cause, la Cour de justice s'est transportée dans les ateliers de Dupuis frères et de Gros-Léziat. En présence de l'expert et des parties, dont elle a entendu de nouveau les explications, elle s'est fait présenter les deux outils et les a vus fonctionner; elle a également pris connaissance des divers essais de Gros-Léziat mentionnés au rapport de l'expert:

Par arrêt du 9 janvier 1897, communiqué aux parties le 16 dit, elle a prononcé comme suit: La Cour

déclare nul le brevet 7774, classe 85, délivré au défendeur le 27 novembre 1893, comme constituant une contrefaçon du brevet 1631, même classe ;

fait défense au défendeur de fabriquer dès ce jour aucun outil conforme au dit brevet, à peine de tous dommages-intérêts ;

ordonne la saisie et la destruction en main de tout détenteur des outils construits par lui en conformité du dit brevet ;

le condamne à payer aux demandeurs 300 francs à titre de dommages-intérêts ;

le condamne en outre en tous les dépens de l'instance, dans lesquels seront compris les émoluments de l'expert;

et le déboute de toutes ses conclusions tant principales qu'en offre de preuve.

G. Le défendeur a déclaré en temps utile recourir au Tribunal fédéral contre cet arrêt dont il demande la réforme dans le sens ci-après :

1. — Il sera reconnu que l'outil Gros-Léziat constitue une invention nouvelle au regard de l'outil Messaz, invention brevetable; le brevet 7774, classe 85, sera donc déclaré valable et sera maintenu, la contrefaçon étant méconnue ;

2. — Les conséquences tirées par la Cour de l'admission de la contrefaçon seront annulées et les dépens mis à la charge de Dupuis frères ;

3. — Subsidiairement, pour le cas où le Tribunal fédéral admettrait qu'il y a contrefaçon de la part de Gros-Léziat, malgré les dispositions qui font de son outil une invention nouvelle, le recourant demande que la nullité du brevet Messaz n° 1631 soit prononcée. Il renouvelle d'ailleurs son offre de preuve.

Vu ces faits et considérant en droit:

1. — Le recours soulève les deux questions de savoir si le brevet Messaz n° 1631, classe 85, est valable et, dans le cas affirmatif, si l'on doit voir une contrefaçon de l'invention qui en fait l'objet dans l'outil breveté à la demande du recourant sous n° 7774 de la même classe. Il serait logique d'examiner tout d'abord la première de ces questions ; toutefois le recourant n'invoquant que subsidiairement le moyen tiré de la

nullité du brevet Messaz, il y a lieu de résoudre en premier lieu la question de la contrefaçon en partant de l'hypothèse de la validité du dit brevet.

2. — L'instance cantonale a admis l'existence de la contrefaçon en se fondant en substance sur les motifs suivants:

Il résulte de l'instruction de la cause que Gros-Léziat s'est livré, peut-être antérieurement déjà à la prise du brevet de Messaz, à des recherches personnelles en vue d'arriver à un but identique à celui poursuivi par ce dernier. Mais il est constant qu'au moment où Messaz arrivait à un résultat définitif et prenait son brevet, Gros-Léziat était encore dans la période des tâtonnements. Après avoir d'abord nié qu'il ait jamais vu l'outil Messaz, il a dû reconnaître qu'il en a eu connaissance en 1889 et 1890 et l'expert a pu affirmer très catégoriquement qu'il s'en est évidemment inspiré pour arriver à la forme définitive qu'il a fait breveter. La Cour a constaté, d'autre part, que dans les premiers essais de Gros-Léziat, la position du secteur gradué est parallèle à la poignée de l'outil et que ce n'est que dans le modèle définitif que cet organe a pris une position perpendiculaire à la poignée et presque identique, par rapport au porte-pierre, à celle qui se retrouve dans l'outil Messaz. Quant aux outils brevetés, le rapport de l'expert constate que leur partie essentielle est identique. Les différences peu importantes qui les distinguent résultent surtout de ce que l'outil Gros-Léziat a été construit pour servir à la taille des pierres sur une meule tournant horizontalement, ce qui a entraîné certaines modifications dans la position respective des divers organes. Mais il est à remarquer à ce sujet que si le dessin reproduit sur le certificat de dépôt de l'invention Messaz représente un outil adapté à une meule verticale, il résulte du texte du brevet que l'inventeur a revendiqué comme son invention, soit l'outil lui-même tel que le dessin en était joint à l'exposé, soit son emploi sur toute espèce de meule verticale ou horizontale, avec les modifications de détail et de pied que le changement de position devait nécessairement comporter. En modifiant l'outil décrit dans le brevet Messaz pour l'appliquer à une

meule de lapidaire ordinaire, le défendeur a donc bien contrefait l'outil des demandeurs. Quant à la poignée et au levier de son propre outil, il est certain que ces organes n'existent pas dans le brevet 1631 et qu'ils apparaissent comme quelque chose de nouveau.

Ces considérants de l'arrêt cantonal renferment une erreur évidente en tant qu'ils mentionnent comme un indice de contrefaçon le fait que dans les premiers essais du recourant la position du secteur gradué est parallèle à la poignée de l'outil, tandis que dans le modèle définitif cet organe a pris une position perpendiculaire à la poignée. La position du secteur est au contraire l'une des différences qui distinguent l'outil du recourant de celui de Dupuis frères, dans lequel cet organe a, comme dans les essais du recourant, une position parallèle à l'axe longitudinal de l'outil. Néanmoins, en présence des autres constatations de l'instance cantonale basées sur les déclarations de l'expert, sur le résultat de l'audition des parties et de l'inspection locale à laquelle les premiers juges ont procédé, on doit considérer l'existence de la contrefaçon comme établie.

Les deux outils objet des brevets 1631 et 7774 sont destinés à la taille des pierres fines ou fausses. L'expert a constaté dans son rapport et devant la Cour et celle-ci a admis qu'avant la construction de l'outil qu'il a fait breveter, le recourant en avait déjà construit plusieurs dans le même but, mais n'était pas arrivé à un résultat définitif. Il apprécie lui-même la valeur de ses essais en offrant de prouver qu'il était arrivé déjà en 1886 et 1887 à des « résultats intéressants. » Mais il n'offre pas de prouver et n'allègue pas même que ces résultats fussent identiques ou semblables, au point de vue de la combinaison mécanique et des effets industriels qu'ils permettaient de réaliser, au résultat obtenu par la construction de l'outil imaginé par Messaz. Il suit de là que l'on ne saurait admettre qu'au moment où ce dernier a pris son brevet, le recourant eût déjà exploité l'invention objet du dit brevet ou pris les mesures nécessaires pour son exploitation. Il ne peut donc être question de le mettre au bénéfice de la

disposition exceptionnelle de l'art. 4 de la loi fédérale sur les brevets d'invention.

Il résulte d'autre part du rapport d'expertise et des constatations de l'instance cantonale que la partie essentielle des deux outils brevetés est le dispositif formé du secteur gradué, du charriot mobile avec vis d'arrêt et du manchon rotatoire avec pince américaine, destinée à fixer le porte-pierre, et diviseur à coches avec ressort d'arrêt. Ce dispositif est, au dire de l'expert, identique dans les deux outils, nonobstant quelques différences peu importantes. Devant la Cour cantonale l'expert a de plus affirmé que le recourant, après avoir vu l'outil Messaz, s'en était évidemment inspiré pour arriver à la forme définitive de l'outil qu'il a fait breveter et en avait même copié les deux organes essentiels, le secteur et le diviseur. L'ingénieur Roche lui-même, dans la lettre produite par le recourant, déclare que le dispositif principal, comprenant le porte-pierre, le diviseur et le secteur, quoique différent dans le groupement de ses parties, peut être considéré comme similaire dans les deux outils.

Ces appréciations, de nature technique, ne sont infirmées par aucun élément de preuve contraire, et dès lors le Tribunal fédéral doit admettre avec l'instance cantonale que la partie essentielle de l'outil du recourant, formée de la combinaison des organes énumérés plus haut, constitue une contrefaçon de l'outil Messaz, objet du brevet 1631.

En revanche on doit reconnaître aussi que l'outil du recourant comprend une partie originale, qui n'existe pas dans l'outil Messaz, savoir le support formé du double pied et de la poignée avec le levier placé au-dessous.

3. — Avant de rechercher quelles doivent être les conséquences de la contrefaçon, il y a lieu d'examiner le moyen exceptionnel invoqué subsidiairement par le recourant et consistant à dire que le brevet Messaz serait nul à raison du défaut de nouveauté de l'outil breveté.

L'instance cantonale a repoussé ce moyen par les motifs suivants :

Il est certain que les trois organes principaux composant

l'outil Messaz, porte-pierre, diviseur et secteur gradué, ainsi que leurs accessoires, vis, écrous, affût, arbre, pince américaine, ne sont pas des choses nouvelles et sont employés depuis longtemps, soit séparément, soit combinés entre eux, tant dans la taille des pierres fines que dans d'autres industries. Mais une combinaison nouvelle d'organes ou de moyens connus, si elle est susceptible de produire un travail déterminé mieux ou à meilleur marché que ne le produisaient les outils connus jusqu'alors, constitue aussi une invention nouvelle susceptible d'être brevetée. Ce que Messaz a fait breveter, ce n'est pas l'un ou l'autre des organes composant son outil, mais l'ensemble résultant de leur combinaison en vue du but à atteindre, qui est d'obtenir, sur la pierre à tailler, des facettes parfaitement régulières et disposées mathématiquement autour de l'axe de taille, et de produire des séries de pierres taillées identiquement. Or cette combinaison apparaît comme quelque chose de nouveau. Gros-Léziat a sans doute offert de prouver qu'il existerait en Suisse, depuis 25 ans, des machines analogues à celle de Dupuis frères servant à la taille des pierres fines ou fausses et qu'ainsi le procédé était suffisamment connu en Suisse pour être exécuté par un homme du métier. Mais cette preuve fût-elle rapportée, il ne s'en suivrait pas que la combinaison de Messaz ne soit pas nouvelle. Pour démontrer le contraire, il aurait fallu que Gros-Léziat prouvât qu'il existait non des outils analogues, mais des outils semblables et produisant un résultat identique. Or il n'a pas même articulé qu'avant l'emploi de l'outil imaginé par Messaz on soit arrivé à tailler les pierres avec une régularité même approchant de celle obtenue avec cet outil. Il aurait fallu aussi qu'il prouvât non pas seulement que le procédé appliqué par Messaz n'était pas nouveau, mais que l'outil breveté lui-même était assez connu en Suisse pour être exécuté par un homme du métier. Or ce second point n'a pas été allégué ni offert en preuve. D'ailleurs la conduite de Gros-Léziat est en contradiction avec son système de défense. Il serait en effet incompréhensible, si l'outil Messaz était réellement connu et tombé dans le do-

maine public depuis 25 ans, que le défendeur ait lui-même travaillé pendant plusieurs années pour arriver à reproduire, avec de très légères modifications, un outil déjà existant, et qu'arrivé à un résultat définitif, il l'ait fait lui-même breveter, sachant que son brevet serait sans aucune valeur. Dans ces conditions il y a lieu de considérer l'outil imaginé par Messaz comme nouveau et brevetable.

Ces considérants ne renferment aucune erreur de droit et ne sont contredits par aucune pièce du dossier. C'était au recourant à fournir la preuve de l'absence de nouveauté de l'outil Messaz. Or il n'a pas fait cette preuve. S'il résulte du dossier, en particulier du rapport de l'expert, que les différents organes entrant dans la construction de l'outil en question ne sont pas nouveaux, en revanche il n'en résulte pas que l'outil lui-même, soit la combinaison qui le constitue, fût en usage en Suisse pour la taille des pierres fines antérieurement à la prise du brevet Messaz, ni que cette combinaison ne permette pas d'obtenir un résultat industriel nouveau, par exemple moins cher ou plus parfait, comparé à ceux obtenus précédemment dans la même branche d'industrie. Même si le recourant avait été admis à entreprendre les preuves qu'il a offertes et y avait réussi, il n'en serait pas résulté que la combinaison Messaz ne fût pas nouvelle, puisque ces preuves ne devaient porter que sur l'existence en Suisse, depuis au moins 25 ans, de machines analogues à celle de Dupuis frères et sur le procédé de taille appliqué au moyen de ces machines. L'application de procédés mécaniques à la taille des pierres fines antérieurement à la prise du brevet Messaz n'est en effet pas contestée ; en revanche, ce qui est contesté et dont la preuve aurait dû être faite, c'est que ces procédés aient été appliqués au moyen d'une combinaison mécanique non pas simplement analogue, mais semblable à celle qui constitue l'outil Messaz et avec le même résultat technique. Or cette preuve, le recourant ne l'a pas offerte et c'est dès lors avec raison que l'instance cantonale a refusé d'admettre les preuves inconcluantes qu'il demandait à entreprendre. La preuve de l'absence de nouveauté de l'invention Messaz n'est donc pas faite et l'exception de nullité du brevet doit être

écartée. Il y a ainsi lieu de décider quelles doivent être les conséquences de la contrefaçon reconnue plus haut.

4. — L'instance cantonale a prononcé la nullité pure et simple du brevet n° 7774 délivré au recourant, fait défense à celui-ci de fabriquer aucun outil et ordonné la saisie et la destruction en main de tout détenteur de ceux déjà fabriqués par lui en conformité du dit brevet. Ce prononcé de saurait être maintenu tel quel en présence du fait constaté que l'outil pour lequel le recourant a obtenu son brevet renferme certaines parties originales qui ne peuvent être considérées comme une contrefaçon de l'outil de Dupuis frères. Le recourant a sur ces parties un droit égal à celui des demandeurs sur la combinaison dont leur auteur est l'inventeur. Il convient de respecter ce droit en ne prononçant la nullité du brevet qu'en ce qui concerne la partie contrefaite de l'outil auquel il s'applique. La loi fédérale sur les brevets d'invention du 29 juin 1888, revisée le 13 mars 1893, ne prévoit pas, il est vrai, l'annulation partielle du brevet, mais elle ne renferme non plus aucune disposition de laquelle il résulte que le législateur aurait entendu exclure une telle mesure. L'ancienne loi allemande de 1877 était également muette sur ce point et néanmoins la jurisprudence avait admis qu'un brevet pouvait être annulé partiellement à moins que l'invention n'apparût comme un tout indivisible. Il y a lieu, en vue d'une protection égale des droits des inventeurs, d'en décider de même sous l'empire de la loi suisse. Dans l'espèce, les parties contrefaites de l'outil du recourant sont parfaitement distinctes et séparables de celles qui ne le sont pas; rien ne s'oppose donc pratiquement à l'annulation du brevet en tant seulement qu'il s'applique à la partie contrefaite de l'outil breveté.

5. — Le brevet étant annulé en partie seulement, il s'en suit naturellement que l'interdiction de fabriquer l'outil breveté ne peut s'appliquer aussi qu'à la partie contrefaite de cet outil.

6. — La loi ne dit pas expressément que les tribunaux devront ou pourront ordonner la destruction des objets contrefaits. Elle se borne à dire à l'art. 28 qu'ils pourront en

ordonner la confiscation à compte des dommages-intérêts et des amendes. Néanmoins la destruction des objets contrefaits apparaît comme la conséquence légale et logique du fait qu'ils ont une origine illicite et contraire au droit du propriétaire du brevet. La confiscation n'est qu'une mesure exceptionnelle que les tribunaux peuvent ordonner lorsqu'elle paraît justifiée par les circonstances. Dans l'espèce rien ne la justifie et au surplus elle n'a pas été demandée. Il y a donc lieu d'ordonner la saisie et la destruction de la partie contrefaite des outils fabriqués en conformité du brevet partiellement annulé.

7. — Quant à la question des dommages-intérêts, l'instance cantonale a considéré comme établi que les demandeurs ont subi un dommage minime dont elle a arbitré le chiffre à 300 francs. Le dossier ne fournit aucune donnée permettant de considérer cette appréciation comme erronée; elle doit dès lors être maintenue.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

I. — L'arrêt de la Cour de justice civile de Genève, du 9 janvier 1897, est réformé partiellement en ce sens :

a) Que le brevet 7774, classe 85, délivré au recourant le 27 novembre 1893, est annulé en tant qu'il s'applique à autre chose qu'aux parties de l'outil breveté désignées par les lettres *x*, *t*, *s* et *v* dans l'exposé d'invention et les dessins annexés, parties qui sont les deux pieds (*x* et *s*), la poignée (*t*) qui les relie et le levier (*v*) placé au-dessous de celle-ci;

b) qu'il est fait défense au recourant de fabriquer la partie contrefaite de l'outil qu'il avait fait breveter, à peine de tous dommages-intérêts;

c) que les parties contrefaites des outils déjà construits par lui en conformité du brevet partiellement annulé seront saisies et détruites en main de tout détenteur.

II. — L'arrêt cantonal est maintenu pour le surplus quant au fond et quant aux dépens.

VIII. Schuldbetreibung und Konkurs.

Poursuite pour dettes et faillite.

48. Urteil vom 30. Januar 1897 in Sachen Herzog gegen Buholzer.

A. Durch Urteil vom 6. November 1896 hat das Obergericht des Kantons Luzern erkannt: Der sub Ziffer 13 der Pfändungsurkunde vom 20. März 1895 näher bezeichnete Anteil Nutznießungsguthaben sei als zur Pfändungsmasse gehörig erklärt; mit den weitergehenden Begehren seien Kläger abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat Fürsprecher Burri Namens der Beklagten die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrag, es sei, in Abänderung desselben, zu erkennen: Der sub Ziffer 13 der Pfändungsurkunde vom 20. März 1895 näher bezeichnete Anteil Nutznießungsguthaben sei nicht als zur Pfändungsmasse gehörig erklärt.

Der Anwalt der Kläger beantragt in seiner Antwortschrift, auf die Berufung des beklagtischen Anwaltes nicht einzutreten, eventuell die Berufung abzuweisen, unter allseitiger Bestätigung des obergerichtlichen Urteils vom 6. November 1896.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der von den Berufungsbeklagten gestellte Antrag, auf die Berufung nicht einzutreten, wird mit der Behauptung begründet, die Berufungsklägerin habe auf die Berufung dadurch verzichtet, daß sie keinen Rechtsvorschlag gegen den Zahlungsbefehl erhoben habe, welchen die Berufungsbeklagten ihr für die Kostenvergütung laut Dispositiv 2 des obergerichtlichen Urteils haben anlegen lassen. Die Unterlassung eines Rechtsvorschlages gegen die Betreibung für jene Kostenvergütung braucht nun aber nicht notwendig auf einem Anerkennungswillen zu beruhen; diese Unterlassung kann ihren Grund ebensowohl in einem Versehen haben, und darf daher nicht ohne weiteres als Verzicht auf das Rechtsmittel der Berufung ausgelegt werden. Was sodann die Legitimation des Anwaltes der Berufungsklägerin

zur Ergreifung dieses Rechtsmittels anbetrifft, so lautet die Vollmachtsurkunde, welche demselben von den Eheleuten Herzog ausgestellt worden ist, ausdrücklich auf Besorgung dieser Streitsache in allen Instanzen, also auch vor Bundesgericht. Zudem ist von demselben noch eine speziell für die Berufung an das Bundesgericht ausgestellte Vollmacht zu den Akten gebracht worden. Die Einreden, mit welchen die Berufungsbeklagten ihren Antrag begründen, daß auf die Sache nicht einzutreten sei, erscheinen somit nicht als stichhaltig.

2. Die formellen und materiellen Voraussetzungen des Rechtsmittels der Berufung sind vorhanden. Die Berufung ist rechtzeitig und in richtiger Form eingelegt. Da es sich in casu um eine Anfechtungsklage handelt, ist in der Sache eidgenössisches Recht anwendbar; ebenso ist der gesetzliche Streitwert gegeben. Die klägerische Forderung, um deren Befriedigung willen diese Klage angehoben worden ist, erreicht allerdings den gesetzlichen Streitwert von mindestens 2000 Fr. nicht. Allein Ansprecher ist in Wirklichkeit nicht die Klagepartei, sondern die Beklagte; den Streitgegenstand bildet der von dieser letztern beanspruchte, in die Pfändungsurkunde vom 20. März 1895 aufgenommene Anteil an einem Nutznießungsguthaben, der ihr von ihrem Ehemanne abgetreten worden war. Dieser Anteil ist daher maßgebend für die Bestimmung des Streitwertes. Derselbe beträgt unbestrittenermaßen 3333 Fr. 33 Cts., und es ist somit der gesetzliche Streitwert gegeben.

3. In der Sache selbst ergibt sich aus den Akten und den thatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz: Die Kläger betrieben den in Luzern wohnhaften Ehemann der Beklagten, welcher im Oktober 1894 mit seinen Kreditoren einen Nachlaßvertrag abgeschlossen hatte, für eine Forderung im Betrage von circa 410 Fr., Zins und Kosten inbegriffen, und erwirkten am 20. März 1895 die Pfändungsurkunde. Unter Ziff. 13 dieser Urkunde wurde den Klägern ein Anteil des Schuldners am Nutznießungsguthaben der Witwe Herzog-Emmenegger gepfändet, bestehend in zwei Gülten an Jakob Herzog in Luzern vom 9. und 10. März 1891, jede à 5000 Fr., eingelegt in der Depositalkasse Münster. Des Schuldners Anteil an diesem

Nutznießungsguthaben wurde vom Betreibungsamt auf 3070 Fr. geschätzt, beträgt aber laut übereinstimmender Angabe der Parteien 3333 Fr. 33 Cts. Der gleiche Anteil wurde den Klägern gepfändet am 30. April 1895 für einen Forderungsbetrag (mit Zins und Kosten) von circa 54 Fr. Am 7. März 1895 hatte die Beklagte, in Erneuerung eines bereits am 27. Dezember 1894 gestellten Gesuches beim Waisenrat Münster beantragt, derselbe möchte nach § 18 des ehelichen Vormundschaftsgesetzes ihren Ehemann anhalten, daß er das von ihr laut Frauengutsinventar bezogene Frauenvermögen im Betrag von 4534 Fr. durch Abtretung des genannten, ihm am Nutznießungsgut der Witwe Herzog-Emmenegger zustehenden Anteils zurückerstatte. Der Waisenrat beschloß, dem Gesuche zu entsprechen, da der Ehemann sich mit demselben einverstanden erkläre, und sich nach eingeholten Informationen über die Verhältnisse der Familie Herzog ergeben habe, daß dem benannten Frauenguthaben, sofern dasselbe nicht gesichert werde, wirklich Gefahr drohe. Am gleichen Tage (7. März 1895) unterzeichnete der Ehemann Herzog eine Urkunde, laut welcher er der Beklagten „als Ersatz für das von ihr bezogenen Frauenvermögen, bestehend laut Frauengutsinventar vom 22. November 1891 in 4534 Fr. seinen Anteil von 3333 Fr. 33 Cts. am Nutznießungsguthaben seiner Mutter, Witwe Magdalena Herzog-Emmenegger, herrührend aus dem Nachlaß des Vaters Jakob Herzog sel." eigentümlich abtrat. Gestützt auf diese Abtretungsurkunde beanspruchte die Beklagte den den Klägern gepfändeten Anteil an dem genannten Guthaben, worauf diese, im Besitze eines provisorischen Verlustscheines, beim Bezirksgericht Luzern das Rechtsbegehren stellten, der sub Ziff. 13 der Pfändungsurkunde vom 20. März 1895 näher bezeichnete Anteil Nutznießungsguthaben sei als zur Pfändungsmasse gehörig zu erklären. Dieses Rechtsbegehren wurde von den kantonalen Instanzen übereinstimmend mit im wesentlichen folgender Begründung gutgeheißen: Aus der Aktenlage, insbesondere der Verhandlung vor Armen- und Waisenrat Münster vom 7. März 1895, und der Betreibung der Kläger sei zu schließen, daß der Ehemann der Beklagten, der als Eisenbahnarbeiter einen sehr bescheiden

denen Verdienst habe, im Zeitpunkt der Vornahme der Abtretung bereits überschuldet gewesen sei, und daß die Beklagte zur kritischen Zeit die ungünstige Vermögenslage ihres Ehemannes wohl gekannt habe; für die letztere Annahme bilden die Gesuche der Beklagten vom 27. Dezember 1894 und 7. März 1895 um Sicherung des Frauenvermögens die besten Beweise. § 18 des Gesetzes über die eheliche Vormundschaft bestimme nun allerdings, der Heimatgemeinderat solle, wenn begründete Besorgnis obwalte, daß dem Frauenvermögen Verlust drohe, auf Verlangen der Ehefrau, oder von sich aus, immerhin nach Anhörung des Ehemannes, verfügen, daß das Frauenvermögen zurückerstattet oder so viel wie möglich gesichert werde. Allein diese Sicherstellung müsse als unzulässig erachtet werden, wenn dieselbe eine Verkürzung der Gläubiger zur Folge habe, und dies treffe im vorliegenden Falle zu, da die Kläger bei allseitiger Beschützung der erfolgten Abtretung für ihre Forderung nur zum kleinern Teil bezahlt werden. Mit Rücksicht hierauf, und da das eidgenössische Recht dem kantonalen Recht vorgehe, könne die Abtretung nicht beschützt werden. Die in Art. 287 Ziff. 2 und 3 des Sch.- u. K.-Ges. genannten Anfechtungsgründe seien vorhanden, zumal die Abtretung eines Anteils Nutznießungsguthaben nicht als übliches Zahlungsmittel aufgefaßt werden könne, und die Forderung der Ehefrau für bezogenes Frauengut ordentlicher Weise erst fällig werde mit Aufhören der ehelichen Vormundschaft, während zur Zeit der Abtretung die Vormundschaft des Ehemannes der Beklagten nicht aufgehoben gewesen sei. Aber auch die Voraussetzung des Art. 288 des Sch. u. K.-Ges. treffe nach dem Gesagten hier zu. Speziell auch die Thatsache, daß Jakob Herzog ohne weiteres sich mit der von seiner Ehefrau begehrten Sicherstellung einverstanden erklärt habe, lasse darauf schließen, daß er die Rechtshandlung, in der für die Beklagte erkennbaren Absicht vorgenommen habe, dieselbe zum Nachteil anderer Gläubiger zu begünstigen.

4. Die Umstände, unter welchen die Abtretung vom 7. März 1895 stattfand, lassen keinen Zweifel darüber bestehen, daß dieselbe zu dem einzigen Zwecke erfolgt ist, die Beklagte gegenüber den andern Gläubigern ihres Ehemannes zu begünstigen, und

es liegt auf der Hand, daß die Beklagte selbst über diesen Zweck vollständig im klaren war. Aus den Pfändungsurkunden vom 20. März und 6. April 1895 und dem provisorischen Verlustschein der Kläger ergibt sich, daß das übrige Vermögen des Ehemannes der Beklagten zur Befriedigung der klägerischen Forderungen nicht ausreichte, derselbe also durch die Abtretung thatsächlich insolvent wurde. Da die Vermögensverhältnisse desselben während der kurzen Zeit, die zwischen der Vornahme der Abtretung und der Pfändung lag, offenbar die nämlichen geblieben waren, kann einem begründeten Zweifel nicht unterliegen, daß der Ehemann der Beklagten genau wußte, daß er durch die Abtretung an die Beklagte die Kläger in ihren Gläubigerrechten verkürze. Es ist also nicht zu bestreiten, daß der zum Zwecke der Sicherstellung des Frauengutes vorgenommenen Abtretung die Absicht der Begünstigung der Beklagten, zum Nachteil der andern Kreditoren, zu Grunde lag; daß diese Absicht der Beklagten selbst so wenig fremd war, wie ihrem Ehemanne, ergibt sich daraus, daß sie, wie thatsächlich in unanfechtbarer Weise von der Vorinstanz festgestellt worden ist, in Kenntniß der Vermögenslage ihres Ehemannes, die Sicherstellung ihres Frauengutes, gestützt auf § 18 des kantonalen Gesetzes, über die eheliche Vormundschaft, betrieben hat, also mit der Begründung, daß dasselbe gefährdet sei. Damit ist aber die Anfechtbarkeit der Abtretung nach Art. 288 des Sch. u. K.-Ges. gegeben. Denn Art. 288 cit. erklärt schlechthin alle Rechtshandlungen als anfechtbar, welche der Schuldner in der dem andern Teile erkennbaren Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen. Rechtshandlungen des Schuldners, bei welchen diese Voraussetzungen zutreffen, werden nach dem bestimmten Wortlaute des genannten Artikels ohne Ausnahme als anfechtbar erklärt. Sofern die Sicherstellung des Frauengutes durch den Ehemann in der dem andern Teile erkennbaren Absicht erfolgt ist, seine Gläubiger zu benachteiligen, oder die Ehefrau zum Nachteile der andern Gläubiger zu begünstigen, liegt daher ein nach Art. 288 cit. anfechtbares Rechtsgeschäft vor, selbst dann, wenn der Ehemann zur Sicherstellung gesetzlich verpflichtet

ist. Aus diesen Gründen muß somit die Entscheidung der Vorinstanz bestätigt werden.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen, und das Urteil des Obergerichtes des Kantons Luzern in allen Teilen bestätigt.

---

49. *Arrêt du 26 mars 1897 dans la cause Banque fédérale contre Cusin.*

A. Pour garantir la Banque fédérale de tout ce qu'il pourrait lui devoir à un titre quelconque, en capital, intérêts, provisions et frais, Edouard Cusin, chapelier à Genève, lui a remis en nantissement, le 28 septembre 1895,

1° 3 obligations Etat autrichien de 1000 florins 4 % or;

2° 5 dites de 200 florins;

3° 2 lots 3 % genevois de 100 francs;

4° 8 obligations des chemins de fer italiens 3 % de 500 francs;

5° 4 obligations des Mines de Sosnovice 5 % de 500 francs;

6° 21 obligations 4 % Société financière franco-suisse, de 500 francs.

Edouard Cusin a été déclaré en faillite le 11 mai 1896.

La Banque fédérale s'est portée créancière dans la faillite pour 65 012 fr. 80 c. et a demandé à être colloquée en cinquième classe pour le montant dont elle resterait à découvert après réalisation de son gage évalué à 25 260 francs environ. Conformément à l'art. 232, chiffre 4 LP., elle a mis les titres engagés à la disposition de l'office des faillites.

La propriété de ces titres a été revendiquée par dame Cusin-Garraud, femme du failli. Le préposé aux faillites, sur le vu de pièces produites par dame Cusin et de renseignements recueillis par lui a admis cette revendication.

L'état de collocation a été dressé le 6 juillet 1896 et rendu

public dès le 8. Par avis sous pli chargé en date du 7 juillet, la Banque fédérale a été informée que sa demande de collocation par privilège avait été écartée, les titres sur lesquels elle prétendait à un droit de gage ayant été considérés comme « n'appartenant pas au failli. » Sa production était en revanche admise en 5e classe pour la somme de 64 312 fr. 80 c.

Les titres sont demeurés en mains de l'administration de la faillite.

B. Par exploit du 11 juillet, la Banque fédérale, représentée par le sieur Fourcy, son directeur de comptoir à Genève, a assigné le préposé aux faillites, en sa qualité d'administrateur de la faillite Cusin, pour ouïr ordonner que l'état de collocation dressé par lui doit être rectifié en ce sens que la créance de la Banque, arrêtée à la somme de 64 312 fr. 80 c., soit colloquée par préférence sur les titres remis en nantissement le 28 septembre 1895, tous droits réservés contre les cautions dames Cusin et Garraud et sur les titres remis par elles en nantissement.

A l'appui de ses conclusions, la Banque fédérale a fait valoir en substance ce qui suit :

A supposer, ce qui est contesté, que les titres remis en nantissement le 28 septembre 1895 n'appartinssent pas à sieur Cusin, la Banque fédérale étant de bonne foi n'en a pas moins acquis un droit de gage valable sur ces titres (art. 213 CO). Cusin étant tombé en faillite, elle a dû, par application de l'art. 232, § 4 LP., les mettre à la disposition de l'office sous peine d'être déchue de son droit de préférence. Le préposé avait qualité pour reconnaître la validité du gage et en opérer la réalisation. Ce n'est que contre lui que la Banque fédérale peut poursuivre la réalisation de son gage et elle doit pour cela conclure préalablement à la rectification de l'état de collocation. Même si le préposé estimait que les titres appartenaient à dame Cusin, il ne s'en suivrait pas que le gage ne fût pas valable et il ne pouvait pas écarter la demande de collocation privilégiée. Il n'avait d'ailleurs pas la compétence, réservée à l'autorité judiciaire seule, d'admettre

la revendication de dame Cusin sur des titres donnés en garantie à la Banque fédérale.

C. Le préposé aux faillites a soutenu que la demande était mal introduite et conclu à ce qu'elle fût écartée, avec suite de dépens, pour les motifs suivants :

L'office ayant reconnu la revendication de dame Cusin et écarté les titres de la masse comme n'appartenant pas au failli, la Banque fédérale ne pouvait pas se borner à assigner le préposé; elle devait, conformément à l'art. 250, al. 2 LP., contester la créance de dame Cusin et pour cela assigner cette dernière, en même temps que l'office, dans le délai de dix jours, dès le dépôt de l'état de collocation. Aujourd'hui la revendication est devenue définitive, le délai de contestation étant expiré, et il n'est plus possible de faire rentrer dans la masse les valeurs qui en sont sorties. C'est à tort que la demanderesse prétend que le préposé n'avait pas compétence pour admettre la revendication de dame Cusin. Cette manière de voir est absolument contraire au texte de la loi (art. 242 et 245 LP.). La conséquence logique du fait que le préposé aurait dépassé son droit eût été une plainte à l'autorité de surveillance en vertu de l'art. 17 LP. Au surplus rien n'empêche la Banque fédérale de faire valoir ses droits contre dame Cusin, si elle s'y croit fondée.

En réponse au moyen fondé par l'office des faillites sur l'art. 250, 2e al. *in fine* LP., la Banque fédérale a opposé que cet article n'était pas applicable en l'espèce, attendu qu'il ne s'agit pas de la contestation d'une créance ou du rang d'une créance pour laquelle dame Cusin figurerait au tableau de collocation.

D. Par jugement du 24 décembre 1896, le Tribunal de première instance a déclaré la demande fondée et ordonné la rectification du tableau de collocation dans le sens des conclusions de la demanderesse.

Ensuite d'appel, ce jugement a été réformé par arrêt de la Cour de justice civile de Genève, du 20 février 1897, la demande étant déclarée non recevable contre la faillite Cusin et la Banque fédérale renvoyée à se pourvoir contre qui de

droit, tous ses droits demeurant réservés. L'intimée a été en outre condamnée aux dépens de première instance et d'appel.

Cet arrêt est motivé comme suit :

L'administration de la faillite devait, aux termes de l'art. 242 LP., statuer sur la revendication de dame Cusin. C'est ce qu'elle a fait le 18 juillet, date à laquelle expirait le délai pour contester l'état de collocation, et cette décision est définitive entre l'administration de la faillite et dame Cusin. Depuis ce moment, la masse n'avait plus aucune prétention à exercer sur les titres revendiqués. Dans ces conditions, l'action en opposition n'apparaît pas comme régulièrement formée. Elle aurait dû être dirigée tout à la fois contre la masse et contre le tiers qui revendiquait un droit de propriété sur les titres, parce qu'elle ne tendait pas seulement à faire prononcer que la créance de la Banque n'a pas été colloquée au rang que celle-ci revendiquait, mais qu'elle tendait aussi à contester une créance ou son rang, soit la revendication de dame Cusin (art. 250, al. 2 LP.). Formée comme elle l'a été, l'action de la Banque ne saurait aboutir puisque la décision judiciaire à obtenir ne serait pas opposable à dame Cusin, qui n'est pas en cause et qui, vis-à-vis de la masse, doit être considérée comme propriétaire des titres. C'est contre dame Cusin que la Banque doit agir maintenant pour faire valoir ses droits, que l'administration de la faillite lui a réservés, en fait, en ne se dessaisissant pas des titres au profit de dame Cusin.

L'arrêt de la Cour de justice a été communiqué le 22 février aux parties.

E. Par acte déposé le 27 février, la Banque fédérale a déclaré recourir auprès du Tribunal fédéral contre le dit arrêt dont elle demande la réforme dans le sens de la confirmation du prononcé des premiers juges, avec suite de dépens.

Vu ces faits et considérant en droit :

1. — L'action ouverte par la recourante à la masse en faillite E. Cusin tend à faire reconnaître en faveur de la Banque fédérale le droit d'être payée par privilège sur le produit de titres qui lui ont été donnés en nantissement. Elle a

ainsi pour objet une prétention de droit matériel et constitue une cause civile au sens de l'art. 56 de l'organisation judiciaire. Cette cause appelle l'application de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite et porte sur une valeur supérieure à 2000 francs, puisque les titres sur lesquels le droit de gage est réclamé sont d'une valeur approximative de 25 260 francs. Le jugement dont est recours doit enfin être considéré comme un jugement au fond. Bien qu'il ne statue pas d'une manière objective sur l'existence du droit de gage revendiqué par la recourante, il tranche néanmoins la réclamation litigieuse entre les parties en cause et écarte définitivement l'action en modification d'état de collocation ouverte par la Banque fédérale. Toutes les conditions sont ainsi réunies pour justifier la compétence du Tribunal fédéral.

2. — L'acte de nantissement du 28 septembre 1895 ne fait aucune mention que les titres au porteur remis en garantie par E. Cusin à la Banque fédérale soient la propriété d'une tierce personne. La recourante soutient qu'en tout cas elle les a reçus de bonne foi comme étant la propriété de son débiteur (art. 213 CO.). Lorsque ce dernier a été déclaré en faillite, elle les a mis à la disposition de l'office, en conformité de la prescription de l'art. 232, chiffre 4 LP. Dame Cusin en ayant revendiqué la propriété, l'administration de la faillite, usant de la compétence qui lui appartient indubitablement (art. 240 et 242 LP.) et après examen des justifications fournies a admis cette revendication. La conséquence de cette décision aurait dû être la restitution des titres à la Banque fédérale. En effet, l'art. 232, chiffre 4 LP., ne prescrit la remise à l'office que des seuls « biens du failli. » Or l'administration de la faillite ayant reconnu que les titres en question n'appartenaient pas au failli, il s'ensuivait qu'ils lui avaient été remis à tort et devaient par conséquent être restitués à la Banque, qui eût été libre de faire valoir ses droits de créancière gagiste en dehors de la faillite par la voie d'une poursuite en réalisation de gage.

En vertu du principe de l'universalité et de l'unité de la faillite consacré par l'art. 197 LP., tous les biens du débiteur failli forment une seule masse et ne peuvent faire l'objet de

plusieurs liquidations séparées et simultanées; la faillite attire à elle tous les éléments du patrimoine du débiteur et réalise la totalité de l'actif au profit de l'ensemble des créanciers. C'est pourquoi l'art. 198 LP. dispose que « les biens » sur lesquels il existe un gage rentrent dans la masse. Mais il découle naturellement du principe à la base de cette disposition qu'elle ne s'applique qu'aux biens qui appartiennent au débiteur, qui font partie de son patrimoine et doivent, comme tels, rentrer dans la masse; elle ne s'applique pas, en revanche, aux biens appartenant à des tiers, donnés en gage pour garantir une dette du failli. C'est ce que le Conseil fédéral avait déjà reconnu dans un prononcé du 17 octobre 1893 (*Archives* II, n° 128).

Le principe de l'unité de la faillite n'exige de même la cessation des poursuites séparées contre le débiteur failli qu'en tant qu'elle tendrait à la réalisation de biens faisant partie de la masse et que l'administration de la faillite a qualité pour réaliser. Dès lors les art. 206 et 265 LP., qui disposent que les poursuites en cours au moment de la faillite tombent et que de nouvelles poursuites ne peuvent être requises contre le débiteur qu'après la liquidation et s'il revient à meilleure fortune, doivent être considérés comme non applicables à la poursuite en réalisation d'un gage constitué sur des biens appartenant à un tiers pour garantir une dette du failli. Bien que la poursuite doive être dirigée contre le débiteur (art. 70, 152, 153 LP.), elle pourra toujours avoir lieu nonobstant la faillite de celui-ci.

3. — L'administration de la faillite Cusin ayant refusé de procéder à la réalisation du gage de la Banque fédérale et de colloquer celle-ci par privilège sur le produit de ce gage, sans restituer en même temps les titres donnés en nantissement, la Banque eût été en droit de réclamer juridiquement la restitution de ces titres. Au lieu de procéder ainsi, elle a ouvert une action en modification de l'état de collocation pour faire prononcer qu'elle devait être colloquée par préférence sur le produit des titres objet du nantissement du 28 septembre 1895.

Cette demande était évidemment irrecevable. En soi, elle

comportait l'obligation d'établir que les titres engagés étaient la propriété du failli et devaient par conséquent rentrer dans la masse. Or, à cet égard, la Banque fédérale s'est bornée à des affirmations, mais n'a entrepris aucune preuve. En outre, il était impossible que le Tribunal reconnût, implicitement ou explicitement, cette propriété au failli sans que la partie qui la conteste, soit la dame Cusin, eût été appelée à faire valoir ses droits.

Néanmoins, c'est à tort que la défenderesse a soutenu et que la Cour de justice de Genève a estimé que la Banque aurait dû diriger son action contre dame Cusin en conformité de l'art. 250, alinéa 2 *in fine* LP. Les termes de cet article et la rubrique sous laquelle il figure : « vérification des créances et collocation, » montrent clairement qu'il ne s'applique qu'aux créances admises par l'administration de la faillite dans l'état de collocation, mais non aux revendications formées par des tiers, qui n'ont évidemment pas à figurer dans le dit état. Le cas où des tiers revendiquent des objets détenus par la masse est spécialement prévu par l'art. 242 LP. Cet article dispose que lorsque l'administration conteste la revendication, elle doit assigner au revendiquant un délai de dix jours pour intenter action. En revanche, il est muet au sujet de la procédure à suivre par les créanciers qui voudraient contester une revendication admise par l'administration. Il va de soi qu'il n'y a pas lieu en cas pareil de recourir à l'autorité de surveillance en vertu de l'art. 17 LP. Il ne s'agit pas, en effet, d'une question de procédure, mais bien d'une question de droit matériel dont la solution est de la compétence de l'autorité judiciaire. En l'absence d'autre voie de droit prévue par la loi, le créancier qui voudra contester une revendication admise par l'administration devra procéder en conformité de l'art. 260 LP., en demandant la cession des droits prétendus de la masse sur les biens revendiqués. (Voir en ce sens une décision du Conseil fédéral en matière de droit de rétention : *Archives* III [1894], n° 127). Dans l'espèce, la Banque fédérale n'était nullement obligée d'avoir recours à ce procédé pour faire reconnaître le droit de propriété du failli sur les titres revendiqués par dame Cusin et

par suite obtenir leur réalisation par l'administration de faillite, elle pouvait, ainsi qu'il a été démontré plus haut, exiger de l'administration la restitution des titres et en poursuivre la réalisation en dehors de la faillite.

La Banque fédérale n'étant pas tenue d'agir en conformité des art. 17 et 250 LP., il s'ensuit que l'on ne saurait lui opposer l'inobservation des délais prescrits par ces articles pour soutenir que ses droits seraient aujourd'hui périmés.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est écarté et l'arrêt de la Cour de justice civile de Genève confirmé dans le sens des considérants qui précèdent.

Siehe auch Nr. 39, Urteil vom 26. Februar 1897 in Sachen Flury gegen Steinbruchgesellschaft Ostermundingen.

IX. Civilstreitigkeiten zwischen Kantonen einerseits und Privaten oder Korporationen anderseits.

Différends de droit civil entre des cantons d'une part et des corporations ou des particuliers d'autre part.

50. Urteil vom 29. Januar 1897 in Sachen Kanton Solothurn gegen Schläfli und Konsorten.

A. Am 30. April 1876 wurde Johann Weltner, von Längendorf, Kantons Solothurn, zum Oberamtmann der Amtei Solothurn-Lebern gewählt. Derselbe wurde durch Wiederwahlen vom 3. Juli 1881, 4. Juli 1886, 5. Februar 1888 und 3. Juli 1892 in seinem Amte durch die Volkswahl bestätigt. Bei seiner

letzten Wiederwahl für die Periode von 1892—1896 verpflichteten sich die Beklagten für ihn als solidarische Amtsbürgen bis auf den Betrag von 20,000 Fr. durch notarialischen Bürgschaftsakt vom 30. Juli 1892. Zufolge eines Auftrages des Finanzdepartementes vom 9. Juni 1894 fand am 12.—14. Juni eine Untersuchung der Kasse und Buchführung des Oberamtmanns Weltner durch die solothurnische Kantonsbuchhalterei statt. Da diese Untersuchung einen erheblichen Kassadefekt ergab, wurde Weltner am 19. Juni 1894 vom Regierungsrat des Kantons Solothurn in seinem Amte eingestellt. In der Folge wurde gegen Weltner, welcher das Kassadefizit nicht decken konnte, Strafklage erhoben, und er, auf sein Geständnis hin, vom Schwurgerichtshofe des Kantons Solothurn am 20. Juli 1894 zweier Unterschlagungen schuldig erklärt und zu einer Einsperrung von 2 1/2 Jahren, sowie zu Nebenstrafen verurteilt, ebenso als verpflichtet erklärt, der Staatskasse des Kantons Solothurn den ihr erwachsenen Schaden im Betrage von 14,517 Fr. 75 Cts. zu ersetzen, sowie für ferner zum Vorschein kommende Fehlbeträge als haftbar erklärt. Weltner wurde vom Staate für den Fehlbetrag betrieben. Die Pfändung blieb indessen fruchtlos und der Staat kam mit seiner ganzen Forderung zu Verlust. Die Staatskasse forderte daraufhin die Amtsbürgen zur Deckung des Defizites bis 10. Dezember 1894 auf, diese lehnten jedoch die Zahlung ab, indem sie die Schuldpflicht bestritten. Mit Schriftsatz vom 17. April 1895 erhob daraufhin der Staat Solothurn gegen sie Klage beim Bundesgericht, indem er den Antrag stellte: Die Beklagten seien unter solidarischer Haft gehalten, an den klägerischen Fiskus des Kantons Solothurn 14,428 Fr. 05 Cts. mit Zins à 5 % seit 10. Dezember 1894 und 1 Fr. 50 Cts. Betreibungskosten zu bezahlen, unter Kostenfolge. Dabei behielt sich der Kläger die Geltendmachung allfällig weiter zum Vorschein kommender Veruntreuungen des alt Oberamtmann Weltner vor.

B. Die Beklagten trugen auf Abweisung der Klage unter Kostenfolge an. Sie bestritten weder für den Oberamtmann Weltner die behauptete Amtsbürgschaft gültig eingegangen zu haben, noch die Größe des von demselben hinterlassenen Kassadefizites. Dagegen machten sie folgende Einwendungen geltend: 1. Die Amts-

bürgschaft sei von ihnen unter der selbstverständlichen Voraussetzung übernommen worden, daß die Kontrolle der staatlichen Organe gegenüber dem Oberamtmann in der gesetzlich genau vorgeschriebenen Weise stattfinde. Diese Kontrolle sei nach dem solothurnischen Verwaltungsrechte eine dreifache. Dem Regierungsrate liege nach § 38 der Staatsverfassung vom 23. Oktober 1887 die Aufsicht über sämtliche ihm untergeordneten vollziehenden Behörden, also auch die Oberamtmänner ob, welche nach § 1 des Reglements über Kassa- und Buchführung vom 14. Mai 1852 besondere Verwaltung und Rechnung zu führen haben. Durch Reglement vom gleichen Tage sei auch der Pflichtenkreis des Kantonsbuchhalters näher umschrieben und bestimmt worden, demselben liege die vorläufige Revision der verschiedenen, monatlich von den Rechnungsgebern eingehenden Rechnungen ob. Nachdem die monatlich eingesandten Rechnungen, welche vorher von dem Buchhalter revidiert und mit den Quittungen und Revisionsbemerkungen dem Finanzdepartement zu weitern geeigneten Verfügungen zugestellt werden, vom gedachten Departement geprüft und richtig befunden worden seien, habe der Buchhalter die Zusammenstellung der verschiedenen Einnahmen und Ausgaben zu besorgen und die Rechnungen in die betreffenden Bücher einzutragen. Durch Verordnung vom 14. Dezember 1867 sodann habe der Regierungsrat beschlossen, das Finanzdepartement sei angewiesen, jeweilen bei Eingabe der Monatsabschlüsse die Kassabestände der verschiedenen Rechnungsgeber zu prüfen, sie mit den voraussichtlichen Ausgaben des künftigen Monats zu vergleichen. Die in diesen Vorschriften vorgesehene dreifache Aufsicht durch Regierungsrat, Finanzdepartement und Kantonsbuchhalter sei nun dem Oberamtmann Weltner gegenüber während seiner ganzen Amtsdauer in keiner Weise gehandhabt worden. Während es in der Natur der Sache liege, daß eine Rechnungsrevision bei einem kassaführenden Rechnungsgeber nur dann vollständig und zuverlässig sei, wenn jeweilen auch eine Prüfung des Kassabestandes stattfinde, haben während der ganzen Amtsdauer des Weltner zwei einzige Kassarevisionen, am 26. Oktober 1885 und am 28. März 1887 stattgefunden. Bei diesen beiden Untersuchungen habe sich gezeigt, daß der Oberamtmann Weltner sich in seiner Amts-

führung schwere Inkorrektheiten und betrügerische Handlungen schon damals habe zu Schulden kommen lassen. Er sei mit den Bucheintragungen um Wochen und Monate im Rückstande gewesen und habe sich inzwischen mit privaten Aufzeichnungen (Brouillons) beholfen, und habe es unterlassen, Baareingänge zu buchen, habe absichtlich monatelang die Ausbezahlung von Gläubigern der Amtskasse verzögert, um den größten Teil des Kassabestandes während längerer Zeit zinstragend auf seinen Namen anzulegen, und sich so den Zinsertrag rechtswidrig anzueignen. Zu diesem Zwecke habe er die amtlich bezeichneten Depositenstellen umgangen, und sei so nie in der Lage gewesen, den Buchsaldo baar in der Kasse nachzuweisen, sondern habe zur Deckung stets jene persönlichen Guthaben im Betrage von mehreren tausend Franken zu Hülfe nehmen müssen. Ungeachtet der Aussetzungen des Kantonsbuchhalters habe Weltner diese Mißbräuche in vollem Umfange fortgesetzt, denn sie seien alle im Jahre 1887 neuerdings konstatiert worden. Außer diesen beiden Kassarevisionen durch den Kantonsbuchhalter, welche zudem nach dem Reglement vom 14. Mai 1852 bloß vorläufige gewesen seien, denen eine genaue Nachprüfung durch das Finanzdepartement hätte folgen sollen, seien keine der vorgeschriebenen Kontrollmaßregeln beobachtet worden. Auch die durch die Verordnung vom 14. Dezember 1867 vorgeschriebene monatliche Prüfung der Kassabestände habe niemals stattgefunden. Eine Pflicht zu mindestens jährlicher Prüfung der Buchführung und des Kassabestandes der Rechnungsbeamten ergebe sich übrigens schon aus der durch Art. 38 der Kantonsverfassung dem Regierungsrat auferlegten Aufsichtspflicht. Allein auch eine solche Prüfung habe nie stattgefunden. Man habe sich vielmehr Jahre lang mit den von Weltner monatlich eingereichten, von ihm einseitig und willkürlich ausgefüllten Rechnungsbogen begnügt. Nach den Ergebnissen der beiden Kassarevisionen von 1885 und 1887 hätten die Aufsichtsbehörden damals und in den folgenden Jahren sich zu ferneren regelmäßigen Kassastürzen veranlaßt finden sollen, umsomehr, als die Kassabestände Weltners nach dessen Monatsrechnungen stets steigende Zahlen aufgewiesen haben, die schließlich nahezu das dreifache des sonst üblichen erreicht haben, ein Umstand, der als höchst ver-

dächtig habe erscheinen müssen. Weltner sei weder wegen der in den Jahren 1885 und 1887 begangenen mißbräuchlichen Handlungen, noch wegen seither vorgekommener Unregelmäßigkeiten jemals vom Finanzdepartement oder vom Regierungsrat zur Rechenschaft gezogen oder auch nur gerügt worden. Die Aufsichtsbehörden haben daher die ihnen nach Gesetz, nach der Natur des Verhältnisses und nach den Grundsätzen von Treu und Glauben obliegenden Aufsichtspflichten nicht erfüllt, so daß die Beklagten jeglicher Schuldpflicht enthoben seien. 2. Eventuell sei zu bemerken: Bei der Wiederwahl des Oberamtmanns Weltner im Juli 1892 habe kein Kassasturz stattgefunden. Der Staat sei daher gar nicht in der Lage, feststellen zu können, welche Beträge in der Zeit vom 31. Juli 1892 bis 9. Juni 1894, d. h. innerhalb der Periode, für welche die Beklagten einzig als Amtsbürgen haften, von Weltner veruntreut worden seien. Das Journal ergebe auf 31. Juli 1892 einen Kassabestand von 6529 Fr. 66 Cts. Man wisse aber nicht, ob dieser Betrag thatsächlich in der Kasse sich vorgefunden habe. Ferner habe Weltner nicht nur der Kasse direkt Baarbeträge entnommen sondern auch solche gar nicht in's Journal eingetragen und direkt eingesteckt. Diese Operationen habe Weltner vermutlich schon Jahre lang gemacht, und insbesondere sei der direkte Kassamanko mutmaßlich schon Jahre lang vorhanden gewesen, nachgeschleppt und stets mit neuen Geldbezügen gedeckt worden. Am 12. Juni 1894 habe sich der Fehlbetrag der Kasse gegenüber den Bucheinträgen auf 8637 Fr. 51 Cts. belaufen, und derselbe habe jedenfalls schon im Jahre 1892, bei Beginn der letzten Amtsdauer, bestanden. In der Strafuntersuchung habe Weltner ausgesagt, Ende der letzten Amtsperiode habe er ein Kassadefizit von 4500—5000 Fr. gehabt. Diese Angabe sei jedoch bedeutend zu niedrig gegriffen, wie sich aus den Familienverhältnissen Weltner's schließen lasse. Die bedeutendsten Auslagen für die Erziehung seiner Kinder (die den vermögenslosen Mann viel Geld gekostet habe) seien in die zweite Hälfte der achtziger Jahre gefallen. Zur Zeit seiner letzten Neuwahl im Juli 1892 seien aber diese Verhältnisse vollständig geändert gewesen. In den Jahren 1892—1894 habe Weltner, der sehr einfach gelebt und vom 31. Juli 1892 bis zu seiner Amts-

entsetzung keinerlei außerordentliche Ausgaben gehabt habe, kaum seinen Jahresgehalt aufgebraucht. Es liege daher hohe Wahrscheinlichkeit dafür vor, daß Weltner seine Unterschlagungen in frühern Amtsperioden, für welche die Beklagten nicht haften, begangen habe.

C. In der Replik bestreitet der klägerische Fiskus, daß die Beaufsichtigung des Oberamtmanns Weltner nicht in der gesetzlich und reglementarisch vorgeschriebenen Weise stattgefunden habe, und führt in dieser Richtung aus: Die Kassageschäfte des Oberamtes zerfallen in zwei Teile, einerseits in die Einnahmen und Ausgaben von Geldern für den Fiskus (die sog. Amtsgelder), anderseits in die Erhebung von Geldern bei und die Ablieferung von solchen an Dritte (die Verwaltung der Depositengelder). Die Buchführung der Oberämter sei seit 1. Januar 1892 neu geordnet und zwar dahin, daß die Oberamtmänner zu führen haben: 1. ein Kassabuch, enthaltend Amts- und Depositengelder; 2. Konto-Korrent für die Amtsgelder; 3. Konto-Korrent für die Depositengelder; 4. Urteilskontrolle; 5. Ausstandsrodel; 6. Formularienkontrolle. Bezüglich der Amtsgelder habe der Oberamtmann nach den erhaltenen Instruktionen einerseits Monats-, anderseits Jahresrechnung abzulegen. Die Monatsrechnungen erzeigen in Gesamtposten die Einnahmen und Ausgaben des abgelaufenen Monates, für welche letzteren jeweilen die Belege beizubringen seien. Die Jahresrechnungen enthalten neben den Kassaposten auch ein Verzeichnis der Ausstände, d. h. der noch unerledigten Kassageschäfte. Bezüglich der Depositengelder habe der Oberamtmann seit dem 1. Januar 1892 jeden Monat den Umsatz und den Saldo anzugeben, den Konto-Korrent zu führen und am Ende des Jahres dem Kantonsbuchhalter ein Bordereau der Saldi einzureichen. Am Schlusse jeder Monats- und Jahresrechnung sei der Kassasaldo zu ergänzen. Die Aufsicht über die staatlichen Kassaführer und speziell die Oberamtmänner sei stets in folgender Weise ausgeübt worden: a. Durch Revision der Monats- und Jahresrechnungen. Die Monatsrechnungen werden zunächst auf ihre arithmetische Richtigkeit, hernach daraufhin geprüft, ob die einzelnen Posten richtig rubriziert, die Berechnung des Saldo und die Ausscheidung desselben in Amts- und Depo-

sitensaldo richtig vorgenommen seien. Die hauptsächlichste Prüfung aber bestehe darin, daß die sämtlichen Ausgaben der Amtskasse an Hand der Belege geprüft werden. Bei den Jahresrechnungen sodann werden die Einnahmen eingehend untersucht, an Hand der von den verschiedenen Verwaltungsabteilungen darüber geführten Register und aufgestellten Listen. Werden nun durch die Prüfung der Monatsrechnung Fehler aufgedeckt, so mache der Kantonsbuchhalter, wenn es sich nicht nur um ganz leichte Versehen handle, dem Finanzdepartement Mitteilung, welches hierauf die nötigen Verfügungen treffe. Die Jahresrechnung und das Ergebnis ihrer Prüfung werden dem Finanzdepartement in allen Fällen unterbreitet, welches hierauf an den Oberamtmann die nötigen Weisungen erlasse und den jährlichen Rechenschaftsbericht verfasse. Der Regierungsrat befasse sich mit Kassa- und Rechnungsangelegenheiten nur insoweit, als einzelne Vorkommnisse oder die Behandlung einschlagender Vorlagen hiezu Veranlassung geben. b. Durch die Überwachung der Kassabestände. Wenn nach den Monatsrechnungen der Kassasaldo im Verhältnis zu den Geschäften und dem Umsatz der Amtsstelle eine übermäßige Höhe erreichen sollte, werde der betreffende Beamte angewiesen, eine Ablieferung an die Staatskasse zu vollziehen; hierauf beziehe sich die Verordnung vom 13. (nicht wie die Beklagten angaben vom 14.) Dezember 1867. c. Durch zeitweilige Kassastürze verbunden mit einer Untersuchung über die Führung sämtlicher Bücher und Kontrollen. Die Verordnung vom 13. Dezember 1867, auf welche sich die Beklagten für das Gegenteil berufen, wolle nichts anderes, als daß der jeweilen in den Rechnungen angezeigte Monatssaldo auf seine Angemessenheit im Vergleich mit den mutmaßlichen Ausgaben des nächsten Monates geprüft werde, keineswegs aber, daß jeweilen bei jeder Rechnungsrevision Kassastürze vorgenommen werden, was eine unerfüllbare, und zudem, da sich die betreffenden Beamten zum Voraus sichern könnten, unnütze Formalität wäre. Niemals, weder vor noch nach der Verordnung von 1867, seien denn auch bei Anlaß der Abgabe der Monatsrechnungen von Seite der Oberamtmänner Kassastürze vorgenommen worden, woraus hervorgehe, daß diese Verordnung solche nicht vorschreibe. Kassastürze seien übrigens niemals eine Garantie für die Aufdeckung ge-

schehener Unterschlagungen, so lange eine Kontrolle der Einnahmen nicht zu Gebote stehe; diesfalls sei zu bemerken, daß die Oberamtmänner im Kanton Solothurn eine Anzahl Einnahmen haben, welche schwer oder gar nicht, oder erst in viel späterer Zeit kontrolliert werden können. Übrigens seien im Kanton Solothurn, dessen Rechnungskontrolle eine strenge sei, in den Jahren 1889—1894 bei den verschiedenen Rechnungsgebern im ganzen 59 Kassastürze vorgenommen worden, obschon solche nicht vorgeschrieben seien. Allerdings habe eine lange Krankheit und der Tod des Adjunkten des Kantonsbuchhalters in Bezug auf die Kassastürze in der letzten Zeit etwelche Verzögerung herbeigeführt, welche jedoch nicht zu vermeiden gewesen sei. Die Berichte des Kantonsbuchhalters über die bei Weltner in den Jahren 1885 und 1887 vorgenommene Untersuchung der Kassa- und Buchführung haben durchaus nicht ergeben, daß Weltner sich schwerer Inkorrektheiten und betrügerischer Handlungen schuldig gemacht habe. Das von ihm geführte Brouillon sei kein Privatbuch, sondern ein amtliches Hülfsbuch, wie es auch bei andern Oberämtern, angesichts der frühern, etwas schwerfälligen Einrichtung der Kassabücher unbeanstandet im Gebrauch gestanden habe. Nachdem auf 1. Januar 1892 eine neue und praktische Komptabilität eingerichtet worden sei, welche die Brouillons überflüssig gemacht habe, seien diese auch bei Weltner nicht mehr im Gebrauch geblieben. Die Kassaeingänge seien im Brouillon alle gebucht gewesen. Bei der Kassarevision vom Jahre 1885 sei allerdings die Bemerkung gemacht worden, daß die Kreditoren der Fremdenkasse zu spät ausbezahlt werden; dies sei jedoch kein Vergehen gewesen und habe auf die Amtskasse keinen Bezug gehabt. Der Umstand, daß Weltner die Depositen auf der Hülfskasse auf seinen eigenen Namen machte, sei eine materiell bedeutungslose Inkorrektheit gewesen, da Weltner niemals die Absicht gehabt habe, sich auf diesem Wege Gelder anzueignen, was daraus hervorgehe, daß er aus der Art der Anlage kein Hehl gemacht und die Rückbezüge stets zu Gunsten der Amtskasse verwendet habe. Gleich nach der Kassauntersuchung vom März 1887 habe Weltner seine Depositen ordnungsgemäß bis zu seiner Amtsentsetzung im Juni 1894 auf der solothurnischen Kantonalbank gemacht, und zwar auf das Oberamt Solothurn-Lebern. Auch hier habe er die Zinsen jedes

Jahr in Rechnung gebracht. Die Ergebnisse der beiden Kassauntersuchungen von 1885 und 1887 seien demnach durchaus nicht beunruhigend gewesen, es habe denselben vielmehr entnommen werden dürfen, daß Weltner seine Kasse in Ordnung halte, indem er bei beiden Untersuchungen diejenigen Kassabestände vorgewiesen habe, welche seine Bücher erzeigten. Die bei jenen Anlässen konstatierten Fehler seien nicht so schwerer Art gewesen, um gegen ihn ernsthaftes Mißtrauen zu rechtfertigen, und zwar um so weniger, als seine Lebensführung eine einfache und tadellose gewesen sei. Die Monatsrechnungen werden nicht samt und sonders, sondern nur dann dem Finanzdepartement vorgelegt, wenn Unregelmäßigkeiten vorgekommen seien. Infolge solcher habe Weltner öfters Weisungen und mehrfach Rügen erhalten, teils durch den Kantonsbuchhalter, teils durch das Finanzdepartement. Wiederholt, und zwar schon vor Eingehung der Amtsbürgschaft durch die Beklagten, haben auch die Staatswirtschaftskommission und der Kantonsrat Veranlassung genommen, auf die saumselige Geschäftsführung Weltner's hinzuweisen. Dabei habe allgemein die Auffassung geherrscht, Weltner sei wohl ein unbeholfener, aber kein ungetreuer Beamter. Dem Vorsteher des Finanzdepartementes sei es nicht möglich, eine Prüfung der Monatsabschlüsse sämtlicher Rechnungsgeber selbst vorzunehmen. Es sei richtig, daß die Monatsabschlüsse Weltner's bedeutende Baarsaldi erzeigten, allein übermäßig groß seien dieselben für das Oberamt Solothurn-Lebern, das einen sehr großen Geldumsatz habe, nicht gewesen. Soweit bei den Kassauntersuchungen von 1885 und 1887 Verstöße konstatiert worden seien, seien dem Weltner die gebotenen Rügen und Weisungen sofort zu Teil geworden. Er habe die Aussetzungen im Berichte von 1885 sogar selbst unterschrieben. Es werde bestritten, daß die Aufsichtsbehörden sich in der Beaufsichtigung Weltner's eine Fahrlässigkeit oder gar Dolus haben zu Schulden kommen lassen; gegenteils gehe aus den Akten hervor, daß sie auf Ordnung gehalten und ihre Pflichten vollkommen erfüllt haben. Was die Behauptung anbetreffe, daß Weltner schon bei der Neuwahl von 1892 in seiner Kasse ein Defizit gehabt habe, so spreche dafür gar kein Anhaltspunkt. Im Jahre 1887 habe kein Defizit bestanden. Die Saldi der Monatsabschlüsse vom Dezember 1891, vom Januar, Februar, März, April, Mai und

Dezember 1892 sprechen nicht dafür, daß Weltner zur Zeit der Neuwahl von 1892 die von den Beklagten behaupteten Unterschlagungen schon verübt habe. Ein Beweis dafür, daß er vor der Neuwahl Einnahmen gemacht hätte, die nicht gebucht worden wären, liege nicht vor. Für die gebuchten Ausgaben habe er monatlich die Belege beizubringen gehabt, mit Ausnahme der Ausgaben der Fremdenkasse. Hier haben die Untersuchungen allerdings ergeben, daß Weltner in kleinen Posten 100 Fr. 45 Cts. ausgebucht habe, ohne daß die Auszahlung faktisch geschehen sei. Für diese 100 Fr. 45 Cts. werden jedoch die Beklagten nicht belangt. Der Betrag sei von den frühern Amtsbürgen ohne weiters gedeckt worden. Die in der Strafuntersuchung gemachten Angaben Weltners über den Zeitpunkt der Entstehung des Defizites seien nicht zuverlässig. Er habe offenbar den wahren Sachverhalt zu verschleiern gesucht. Möglich sei es auch, daß er gegen seinen Schwager Erzer, den früheren Bürgen, einen Racheakt habe begehen wollen, indem Erzer zur Zeit des Ausbruchs der Katastrophe jede Beihülfe abgelehnt habe. Vorausgesetzt, es hätte zu Beginn der neuen Amtsperiode im Jahre 1892 ein Kassasturz mit Bücheruntersuchung stattgefunden, und es hätte damals Weltner eingenommene Gelder zu sich gesteckt und nicht gebucht gehabt, so hätte das nicht konstatiert werden können. Bei der Untersuchung vom Jahre 1894 sei das möglich gewesen, weil man nach der Feststellung des Kassadefizites den Weltner wie einen Verbrecher behandelt habe, auf welchen man energisch eingedrungen sei, seine aus den Büchern nicht ersichtlichen Unterschlagungen namhaft zu machen, und auch dritte Personen, welche Zahlungen gemacht hatten, von sich aus mitgeholfen haben, diese Zahlungen nachzuweisen. Viele derartige Unterschlagungen haben überdem erst später festgestellt werden können. Die Erheblichkeit der Ausführungen über Weltner's Familienverhältnisse werde bestritten, die Mittel zur Deckung der Erziehungskosten seien teils durch das Frauengut, teils durch Anleihen aufgebracht worden. Daß Weltner in den Jahren 1892—1894 kaum seinen Jahresgehalt aufgebraucht habe, werde bestritten. Bei periodischen Bestätigungen im Amte finden keine Kassastürze statt. Die prompte Vornahme einer derartigen Maßregel wäre auch ein Ding der Unmöglichkeit; sie würde den Kantonsbuchhalter oder seinen Adjunkten für ein volles

Vierteljahr ausschließlich in Anspruch nehmen, was nicht angehe. Da bei den periodischen Wiederwahlen immerfort auch Neuwahlen stattfinden, seien Finanzdepartement und Kantonsbuchhalter vollauf in Anspruch genommen, neben den laufenden Geschäften auch die Amtsübergabe an die Neugewählten und deren Einführung in das Amt zu vollziehen.

D. Auf Antrag des Klägers wurde dem früheren Amtsbürgen des Oberamtmanns Weltner, Theodor Erzer, und den Erben des verstorbenen Amtsbürgen Johann Erzer (Otto und Arthur Erzer) der Streit verkündet. Dieselben haben sich indessen, trotz Zustellung aller Verfügungen, am Prozesse nicht beteiligt.

E. In der Duplik halten die Beklagten an ihren Ausführungen über die Aufsichtspflicht des Regierungsrates und des Finanzdepartements, sowie über die Art und Weise der gegenüber dem Oberamtmann Weltner geübten Kontrolle fest. Aus den daherigen Vorbringen ist hervorzuheben: Dem Oberamtmann Weltner seien, mit Ausnahme der vom Kantonsbuchhalter anläßlich seiner zweimaligen Anwesenheit auf dem Amtslokal persönlich gemachten Bemerkungen, weder seitens des Finanzdepartementes, noch des Regierungsrates, der Staatswirtschaftskommission und des Kantonsrates jemals Rügen oder Weisungen zugekommen, obschon aus den Berichten des Kantonsbuchhalters vom 26. Oktober 1885 und 28. März 1887 hervorgehe, daß Weltner sich schon damals der vollendeten Unterschlagung, nicht einer bloßen Inkorrektheit schuldig gemacht habe. In beiden Fällen sei er nicht im Stande gewesen, den Kassabestand in baar nachzuweisen, bei der ersten Untersuchung haben volle 4000 Fr., bei der zweiten 2000 Fr. gefehlt. Beide Beträge habe Weltner der Kasse des Oberamtes entnommen, ohne den Ausgang im Journal zu buchen. Angesichts des Resultates dieser Untersuchungen qualifiziere sich das Unterlassen jeglicher Vorkehren gegen den fehlbaren Beamten als grobes Verschulden der Aufsichtsbehörden. Es sei außer Zweifel, daß der Kantonsrat, wenn ihm durch die Rechenschaftsberichte des Regierungsrates pro 1885 und 1887 Kenntnis von jenen Kassarevisionen gegeben worden wäre, bei der in andern Fällen dokumentierten Strenge gegen Weltner schon das erste Mal eine Strafe verhängt, und bei einem Rückfall Amtsentsetzung ausgesprochen haben würde. Die fehlende Kontrolle habe es Weltner

auch ermöglicht, seine Defraudationen zu verschleiern, so daß es heute für die Beklagten unmöglich sei, genau festzustellen, welches der Zustand auf dem Oberamt Solothurn-Lebern in frühern Jahren, und speziell bei Beginn der letzten Amtsperiode, gewesen sei. Die Äußerung Weltner's in seinem Verhör vor dem Untersuchungsrichter, er habe schon vor der letzten Neuwahl ein Kassadefizit gehabt, sei jedenfalls mit Berücksichtigung aller Verumständungen des Falles richtig, nur sei wohl der von ihm genannte Betrag von 4500—5000 Fr. zu niedrig gegriffen, indem Weltner offenbar nur den Kassabestand mit den wirklichen Bucheintragungen auf einen bestimmten Zeitpunkt verglichen habe, während er thatsächlich mit den Buchungen, die er nie selbst besorgt, sondern durch seinen Sekretär aus dem Brouillon in's Journal habe schreiben lassen, stets im Rückstande gewesen sei. Daß Weltner zu seinem Schwager Erzer in feindseligem Verhältnis gestanden sei, werde bestritten.

F. Der Beweis ist von den Parteien durch Urkunden und Zeugen geführt worden. Der anfänglich beantragte Sachverständigenbeweis ist von den Parteien fallen gelassen worden. In dem Beschluß des Regierungsrates vom 28. September 1894 wird das Defizit folgendermaßen festgestellt:

1. Fehlbetrag an eingegangenen und gebuchten Geldern (nach dem Kassabuchabschluß vom 12. Juni 1894) .	Fr.	8,537 51
2. Eingenomme, aber nicht gebuchte Gelder (in 54 Posten)	„	6,270 04
3. Ausgebuchte, aber nicht wirklich verausgabte Gelder	„	166 —
Total	Fr.	14,973 55
wovon in Abrechnung zu bringen als derjenige Betrag, der dem Weltner infolge seither konstatierter Mißrechnungen, unrichtiger Buchungen und als restierendes Gehaltsguthaben (151 Fr. 75 Cts.) habe zu Gut geschrieben werden müssen	„	461 40
	Fr.	14,512 15

In einem Vorderau zu diesem Beschlusse sind dagegen noch zwei weitere nicht gebuchte Abschlagszahlungen aus den Jahren 1893 und 1894 von zusammen 16 Fr. 35 Cts. dazu gezählt, so daß die Gesamtsumme des Defizits auf 14,528 Fr. 50 Cts. sich beläuft, oder, nach Abzug der 100 Fr. 45 Cts., welche anerkanntermaßen auf die frühere Amtsperiode fallen, auf den Betrag von 14,428 Fr. 05 Cts.

G. In der heutigen Verhandlung halten die Vertreter der Parteien die im Schriftenwechsel gestellten Anträge unter erneuter Begründung aufrecht.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Kompetenz des Bundesgerichts ist unbestritten, und unbestreitbar gegeben.

2. In der Sache selbst kann zunächst einem begründeten Zweifel nicht unterliegen, und ist auch unter den Parteien nicht streitig, daß die beklagten Bürgen nur für denjenigen Schaden haften, welcher durch die auf Grund der Bestätigungswahl vom 3. Juli 1892 erfolgte Amtsführung des Oberamtmanns Weltner entstanden ist, nicht aber für den Schaden, den dieser in frühern Amtsperioden, für welche andere Amtsbürgen sich verpflichtet haben, gestiftet hat. Darnach gehört aber zum Fundament der erhobenen Klage die Behauptung und der Beweis, daß Oberamtmann Weltner den eingeklagten Schaden in der durch die Bestätigungswahl vom 3. Juli 1892 eingeleiteten Amtsperiode verursacht habe, und es qualifiziert sich die Einwendung der Beklagten, das Kassadefizit sei nicht in dieser Periode entstanden, sondern bereits bei Beginn der Amtsperiode vorhanden gewesen, nicht als Einrede, sondern als motiviertes Läugnen des Klagegrundes. Denn mit dieser Behauptung bestreiten die beklagten Bürgen, daß dem Dienstherrn ein Schaden aus demjenigen Anstellungsverhältnisse des verbürgten Beamten entstanden sei, für welches einzig sie die Bürgschaft übernommen haben; sie läugnen also das Klagefundament. Für dieses trifft aber die Beweislast den Kläger; dieser hat zu beweisen, daß der Kassadefekt dem durch die Bürgschaft der Beklagten versicherten Anstellungsverhältnisse Weltner's entstamme, daß er aus einer Amtsthätigkeit desselben herrühre, für welche sie sich verbürgt haben.

3. Frägt es sich, ob der Kläger diesen ihm obliegenden Beweis erbracht habe, so ist zu bemerken: Gemäß den (nicht bestrittenen) Klagsanbringen und dem dem Regierungsratsbeschluß vom 28. September 1894 beigefügten Borderau setzt sich der Kassadefekt des Oberamtmanns Weltner aus drei Teilen zusammen: Im Betrage von 8537 Fr. 51 Cts. hat derselbe Gelder unterschlagen, welche in seinen Büchern als eingegangen eingetragen waren; im Betrage von 5824 Fr. 99 Cts. (d. h. von 6270 Fr. 04 Cts., mit Zurechnung der beiden im Nachtrag zum Borderau des Regierungsratsbeschlusses vom 28. September 1894 aufgeführten Posten von 16 Fr. 35 Cts., von 6286 Fr. 39 Cts., jedoch abzüglich der vom Kläger in Abrechnung gebrachten 461 Fr. 40 Cts.) hat er Zahlungen, die ihm seit seiner letzten Wiederwahl geleistet worden waren, nicht gebucht, und für 166 Fr. endlich Ausgaben gebucht, die von ihm nicht wirklich geleistet worden waren. An letzterm Posten fällt indessen der Betrag von 100 Fr. 45 Cts. zum vorneherein in Abzug, weil die daherigen angeblichen Zahlungen die frühere Amtsperiode betreffen, deshalb auch von den früheren Amtsbürgen Weltner's vergütet und auch nicht eingeklagt worden sind. Demnach steht fest, einerseits, daß Oberamtmann Weltner während seiner letzten Amtsperiode im Belaufe von 6286 Fr. 39 Cts. — 461 Fr. 40 Cts. = 5824 Fr. 99 Cts. Gelder eingenommen hat, welche er nicht als eingegangen buchte, anderseits, daß er während dieser gleichen Amtsperiode 65 Fr. 55 Cts. als ausgegeben buchte, welche er nicht wirklich verausgabt hat. Hinsichtlich dieser beiden Beträge nun darf der Beweis als geleistet erachtet werden, daß dieselben in der letzten Amtsperiode des Oberamtmanns Weltner unterschlagen wurden; denn es steht nach dem Ausgeführten fest, daß während dieser Periode Weltner Gelder im Betrage von 5824 Fr. 99 Cts. einnahm, ohne den Eingang zu buchen, und anderseits Gelder im Betrage von 65 Fr. 55 Cts. als ausgegeben eintrug, ohne die sachbezüglichen Ausgaben wirklich zu leisten. Nun muß aber bis zum Beweis des Gegenteils angenommen werden, daß ein Kassabeamter, der Eingänge zu buchen unterläßt, welche hernach in der Kasse fehlen, und Ausgänge bucht, welche nicht wirklich erfolgt sind, die betreffenden Beträge eben in dem Momente unterschlagen habe,

wo die nicht gebuchten Eingänge ihm zugeflossen, bezw. die gebuchten, aber nicht wirklich geleisteten Zahlungen von ihm eingetragen wurden. Ein Kassabeamter, welcher eingegangene Gelder nicht bucht, die hernach in der Kasse fehlen, muß für so lange als überwiesen erachtet werden, diese nicht eingetragenen Gelder unterschlagen zu haben, als nicht dargethan wird, daß er trotz der unterlassenen Eintragung diese Eingänge doch der Kasse abgeliefert habe, und ein Kassabeamter, welcher Zahlungen als geschehen bucht, die er nicht wirklich geleistet hat, muß als überführt erachtet werden, diese Beträge in demjenigen Momente der Kasse entfremdet zu haben, wo er sie als ausgegangen fälschlich gebucht hat. Es ist freilich möglich, daß in einem derartigen Falle der Kassabeamte die eingegangenen, nicht gebuchten Gelder nicht wirklich unterschlagen, sondern zur Kasse abgeliefert und die Buchung nur deswegen unterlassen hat, um begangene frühere Unterschlagungen zu verschleiern, und daß er zum gleichen Zwecke auch die Buchung nicht geschehener Zahlungen vorgenommen hat. Allein zu vermuten ist das doch nicht, sondern derjenige, welcher sich hierauf beruft, muß es beweisen, muß darthun, daß der Beamte die Gelder, über deren Verblieb er sich nicht ausgewiesen hat, welche er nach dem Bestand seiner Buchführung in seine Tasche gesteckt hat, doch in Wirklichkeit ablieferte. In casu haben nun die beklagten Bürgen einen Beweis dafür, daß die Unterlassung der Buchung gemachter Einnahmen aus der letzten Amtsperiode und die Buchung nicht gemachter Zahlungen aus der gleichen Zeit sich als bloße Buchhaltungsmanipulationen behufs Verschleierung früherer Unterschlagungen darstelle, nicht erbracht, ja im Grunde nicht einmal unternommen. Nach den Aussagen des ehemaligen Oberamtmanns Weltner hätte dieser während seiner letzten Amtsdauer sogar mehr neue Unterschlagungen begangen, als dem Betrage der während dieser Zeit gemachten und nicht gebuchten Einnahmen und nicht gemachten aber gebuchten Zahlungen entsprechen würde. Die Familienverhältnisse Weltner's, auf welche sich die Beklagten dafür berufen haben, daß dessen Unterschlagungen aus früherer Zeit stammen müssen, sind nicht beweisend; freilich ist richtig, daß die Ansprüche, welche die Familie Weltner's in der Zeit vor der letzten Amtsperiode, bevor seine Kinder erzogen

waren, größer gewesen sein werden, als später, allein irgend eine sichere Schlußfolgerung dahin, daß Weltner seine Unterschlagungen ganz oder zum großen Teil zu der Zeit müsse begangen haben, wo seine Familienlasten am drückendsten waren, ist nicht möglich. Anderseits ist allerdings auch ein Beweis dafür nicht geleistet, daß der übrige Teil des Defizits, welcher der Differenz zwischen dem wirklichen Kassabestand vom 12. Juni 1894 und den damaligen Bucheinträgen entspricht, auf die letzte Amtsperiode des Oberamtmanns falle; es fehlt vielmehr an allen zuverlässigen Anhaltspunkten dafür, um festzustellen, wann dieser Teil des Defizits entstanden ist. Nach den Aussagen Weltner's freilich wäre ein größerer Teil des Defizits, als dem Betrage der nicht gebuchten Eingänge nnd fälschlich gebuchten Zahlungen entspricht, auf Unterschlagungen aus der Zeit der letzten Amtsperiode zurückzuführen. Allein diese Aussage Weltner's ist für sich allein um so weniger beweisend, als sie ganz unbestimmt gehalten ist, und Weltner, so viel wenigstens den Akten zu entnehmen, über seine Unterschlagungen gar keine Aufzeichnungen gemacht hat, vielmehr einfach blindlings, je nach Bedürfnis, in die Kasse hinein gegriffen zu haben scheint, ohne sich genau Rechenschaft darüber zu geben, auf welchen Betrag seine Unterschlagungen dadurch nach und nach anwachsen.

4. Nach den vorstehenden Ausführungen ist also die Klage ohne weiters abzuweisen, soweit sie den Betrag von 6351 Fr. 94 Cts., abzüglich der vom Kläger in Abrechnung gebrachten 461 Fr. 40 Cts., also von 5890 Fr. 54 Cts. übersteigt, und fragt sich nur noch, ob diese letztere Summe gutzuheißen, oder ob nicht vielmehr die von den Beklagten erhobene Einrede begründet sei, der klägerische Fiskus sei nicht berechtigt, Ersatz dieses Schadens zu verlangen, weil er denselben durch gröbliche Fehler in der Beaufsichtigung des Oberamtmanns Weltner selbst verschuldet habe. Grundsätzlich ist hinsichtlich dieser Einrede zu bemerken: Wie vom Bundesgericht in seiner Entscheidung in Sachen Aargau gegen Welti und Genossen (Amtl. Samml., Bd. XIX, S. 463) ausgeführt worden ist, hat bei der Amtsbürgschaft der Geschäftsherr für Arglist und grobe Fahrlässigkeit in der Beaufsichtigung seiner Beamten einzustehen und er kann daher Ersatz eines Scha-

dens nicht verlangen, dessen Herbeiführung er selbst durch dolose oder grob fahrlässige Unterlassung der durch die Umstände gebotenen Kontrolle erst ermöglicht hat. Dagegen geht die Aufsichtspflicht des Geschäftsherrn doch nicht so weit, daß er für Vollkommenheit seiner Kontrolleinrichtungen und ihrer Handhabung einzustehen hätte, vielmehr besteht diese Aufsichtspflicht des Geschäftsherrn als Pflicht gegenüber den Bürgen nicht weiter, als die bona fides der Bürgschaft es fordert, so daß als Verstöße gegen diese Aufsichtspflicht nur solche Verfehlungen erscheinen, welche dem Geschäftsherrn entweder zur Arglist anzurechnen sind, oder doch auf grober, unverzeihlicher Nachlässigkeit, auf leichtfertiger Nichtbeachtung der Rechtsstellung und der Interessen der Bürgen beruhen, und daher durch die Grundsätze von Treu und Glauben reprobiert erscheinen. Insbesondere kann der Geschäftsherr nicht allemal dann ohne weiters als haftbar angesehen werden, wenn er oder seine Organe besonders scharfe Kontrollbestimmungen, welche im Interesse gerade des Geschäftsherrn aufgestellt und seinen Organen zur Beachtung vorgeschrieben sind, in dem einen oder andern Punkte nicht ganz genau sollten beachtet haben. Fragt es sich, ob nach Maßgabe dieser Grundsätze ein grobes, die Ersatzpflicht der Bürgen ausschließendes Verschulden anzunehmen sei, so trifft in dieser Richtung die Beweispflicht die Bürgen, und zwar müssen dieselben zu ihrer Befreiung zweierlei nachweisen, einmal, daß der klagende Fiskus bezw. dessen Organe sich in der Beaufsichtigung des Oberamtes solcher Handlungen oder Unterlassungen schuldig gemacht habe, welche rechtlich als Arglist oder grobe, unverzeihliche Fahrlässigkeit sich qualifizieren, und zweitens, daß diese Handlungen oder Unterlassungen in kausalem Zusammenhang mit dem eingetretenen Schaden stehen, derart, daß ohne diese Handlungen oder Unterlassungen dieser ganz oder teilweise nicht eingetreten oder doch abgewendet worden wäre. Arglist des Klägers oder seiner Organe ist nun nicht behauptet, wohl aber in verschiedenen Richtungen grobe Fahrlässigkeit. Zunächst ist behauptet worden, die durch Verfassung und Reglemente vorgeschriebene Kontrolle über die Geschäftsführung und speziell Kassaführung des Weltner sei in keiner Weise thatsächlich gehandhabt worden. Dies ist indessen nicht richtig. Diejenige Art der Rech-

nungskontrolle, welche das solothurnische Verwaltungsrecht positiv vorschreibt, ist gegenüber dem Oberamtmann Weltner in ihren wesentlichen Bestandteilen wirklich geübt worden. Denn: die vorgeschriebenen Monats- und Jahresrechnungen des Oberamtmanns sind regelmäßig eingeholt und geprüft worden; allerdings wurden die Monatsrechnungen in der Regel nur vom Kantonsbuchhalter untersucht, und nur diejenigen derselben dem Finanzdepartement unterbreitet, welche zu wesentlichen Aussetzungen Veranlassung gaben, so daß es nötig erschien, Weisungen dieses Departementes einzuholen, während § 2 des Reglementes für den Kantonsbuchhalter vom 14. Mai 1852 voraussetzt, daß, nach der Prüfung der Monatsrechnungen durch den Kantonsbuchhalter, auch das Finanzdepartement selbst eine solche vornehme. Das beobachtete Vorgehen war aber ganz allgemein und ständig geübte Verwaltungspraxis, es kann in demselben in der That bloß eine formelle Inkorrektheit, nicht aber eine materiell bedeutungsvolle Pflichtverletzung erblickt werden. Denn die Sachlage, welche die Bildung der betreffenden Praxis bedingte, war, wie auch der Zeugenbeweis bestätigt, offenbar die, daß dem Finanzdepartement eine selbständige, eigene Prüfung der sämtlichen Monatsrechnungen doch nicht möglich gewesen wäre, dasselbe daher, wenn ihm sämtliche Monatsrechnungen zugesandt worden wären, sich wesentlich auf eine formelle Thätigkeit, auf ein Visum der Bemerkungen des Kantonsbuchhalters hätte beschränken müssen, eine Formalität, welche ohne sachlichen Nachteil unterblieb. Die Jahresrechnungen des Oberamtmanns sodann wurden jeweilen sämtlich vom Finanzdepartement geprüft und zwar wurde diese Überprüfung nicht als bloße Formsache aufgefaßt, sondern ernsthaft durchgeführt, wie der vom Adjunkten des Kantonsbuchhalters bezeugte Umstand beweist, daß der Finanzdirektor den Anlaß zur Anordnung des Kassasturzes, welcher zur Entdeckung des Defizites Weltner's führte, aus einer Wahrnehmung schöpfte, welche er bei Prüfung der Jahresrechnung Weltner's pro 1893 gemacht hatte. Periodische Kassastürze bei den staatlichen Rechnungsgebern schrieb das solothurnische Verwaltungsrecht nicht vor. Die Beklagten meinen, es liege eine sachbezügliche Vorschrift in der Verordnung des Regierungsrates vom 13. Dezember 1867, allein unzweifelhaft mit

Unrecht. Unter der Prüfung der Kassabestände, wie sie diese Verordnung vorschreibt, sind nicht Kassastürze verstanden, sondern lediglich die Untersuchung des in der Monatsrechnung angegebenen Kassasaldos daraufhin, ob derselbe in richtigem Verhältnis zu den mutmaßlichen Bedürfnissen des künftigen Monats stehe. Darauf deutet schon, daß die Verordnung das Finanzdepartement anweist, die vorgeschriebene Prüfung der Kassabestände jeweilen bei Eingabe der Monatsabschlüsse vorzunehmen, was darauf hinweist, daß es sich um eine Prüfung handelt, welche auf Grund dieser Monatsabschlüsse ohne weiters geschehen kann, und keine, im Kassalokal vorzunehmende, Revision des wirklichen Kassabestandes erfordert. Vollends klar wird dies, wenn man den § 1 der citierten Verordnung in seinem vollständigen Text in's Auge faßt, wonach die dem Finanzdepartement erteilte Weisung dahin geht, jeweilen bei Eingabe der Monatsabschlüsse die Kassabestände zu prüfen, sie mit den voraussichtlichen Ausgaben des künftigen Monats zu vergleichen, und da, wo sich ergibt, daß ein Mißverhältnis zwischen der Kasse und den mutmaßlichen Bedürfnissen vorhanden ist, auf die betreffenden Kassen Anweisungen zu Gunsten der Staatskasse auszustellen. Wenn die Verordnung hätte anordnen wollen, daß alle Monate bei allen Rechnungsführern Kassastürze vorgenommen werden sollen, so hätte sie dies gewiß ausdrücklich gesagt, und hätte nicht (was ja ganz unzweckmäßig gewesen wäre) bestimmt, daß diese Kassastürze jeweilen bei Eingabe der Monatsausweise, also zu einem den Rechnungsführern von vorneherein genau bekannten Moment stattfinden sollen. Auch die Entstehungsgeschichte der Verordnung vom 13. Dezember 1867 zeigt deutlich, daß diese nicht Kassastürze, sondern nur eine Prüfung der durch die Monatsausweise vorgewiesenen buchmäßigen Kassabestände auf ihre Angemessenheit hin im Auge hatte; denn die Verordnung ist auf eine Bemerkung der Staatswirtschaftskommission, daß die Monatsausweise einzelner Rechnungssteller unnötig hohe Kassabestände ergeben, veranlaßt worden. Diejenige Prüfung der Kassabestände nun, wie sie die Verordnung vom 13. Dezember 1867 vorschrieb, scheint in der That im wesentlichen geübt worden zu sein. Zwar hat das Finanzdepartement nicht in allen Fällen selbst die Kassabestände der Monatsrechnungen geprüft, sondern nur

dann, wenn diese Rechnungen zu besondern Bemerkungen Veranlassung gaben; allein an Stelle des Finanzdepartementes hat, nach den Aussagen des Kantonsbuchhalters Moll, die Kantonsbuchhalterei die fragliche Kontrolle regelmäßig ausgeübt und darin nun, daß diese Verrichtung vom Finanzdepartement dem Kantonsbuchhalter überlassen wurde, kann eine grobe Fahrlässigkeit, welche den Staat den Bürgen gegenüber verpflichten würde, nicht erblickt werden. Seitens der Kantonsbuchhalterei ist, nach der Zeugenaussage des Kantonsbuchhalters Moll, Weltner in früheren Jahren wiederholt zu Ablieferungen an die Staatskasse aufgefordert worden, welchen Aufforderungen er in der Regel nachgekommen sei. In den letzten Jahren seiner Amtsführung sind allerdings derartige Aufforderungen nicht erfolgt, obschon die Kassabestände, welche seine Monatsrechnungen aufwiesen, verhältnismäßig als hoch erscheinen. Allein es kann doch nicht gesagt werden, daß die fraglichen Ziffern dem Kontrollbeamten ohne weiters, bei auch nur gewöhnlicher Aufmerksamkeit als unverhältnismäßig hoch, als mißbräuchlich und verdachterweckend haben erscheinen müssen. Denn die Ziffern der Monatsrechnungen Weltner's sind nicht etwa von Monat zu Monat gewachsen, sondern weisen je nach den verschiedenen Monaten ziemlich erhebliche Differenzen auf; es bleiben auch, nach der vom Kläger mit der Replik eingereichten Zusammenstellung, die Saldi der Monatsrechnungen Weltner's aus den Jahren 1892 und 1893 im Jahresdurchschnitt wesentlich hinter denjenigen des Oberamtes Olten-Gösgen zurück. Es ist denn auch als erwiesen zu erachten, daß der Verkehr des Oberamtes Solothurn-Lebern einen größern Kassabestand als bei andern Rechnungsstellern, speziell Oberämtern, als erforderlich, oder doch erklärlich scheinen ließ. Die Unregelmäßigkeiten in der Buchführung, wie sie im Fernern zu Lasten des Oberamtmanns Weltner konstatiert sind, daß er nämlich sein Kassabuch nicht selber führte, und infolge dessen die Einträge in dasselbe, d. h. die Überträge aus dem von ihm persönlich geführten Brouillon, stets etwas verspätet erfolgten, sind im vorliegenden Fall ohne sachliche Bedeutung; die betreffenden Fehler haben, da das Brouillon der amtlichen Kontrolle offenlag, in nichts zur Entstehung oder längern Verschleppung

des Defizites beigetragen. Nun ist allerdings richtig, daß die wirksame Kontrolle einer Kassaführung eine von Zeit zu Zeit mit der Prüfung der Bücher verbundene Revision des wirklichen Kassabestandes, einen Kassasturz, erfordert, und daß bis in die jüngste Zeit solche Kassastürze nur selten vorgenommen wurden, daß speziell bei dem Oberamtmann Weltner während der ganzen 18jährigen Zeit seiner Amtsführung nur drei Kassastürze stattgefunden haben. Da jedoch eine bestimmte, periodische Kassastürze anordnende Vorschrift nicht bestand, so kann davon nicht die Rede sein, daß eine positive Norm, auf deren Beachtung die Amtsbürgen hätten rechnen können, in gröblicher Weise verletzt worden sei. Zugegeben mag freilich werden, daß eine vollkommen ausgerüstete und vollkommen sorgfältig verfahrende Verwaltung trotz dieses Mangels einer ausdrücklichen Vorschrift weit häufiger zu dem Kontrollmittel des Kassasturzes gegriffen hätte, als dies im Kanton Solothurn bis in die jüngste Zeit allgemein und speziell gegenüber dem Oberamtmann Weltner geschehen ist. Allein der Kontrollapparat der solothurnischen Staatsverwaltung war nun eben, wenigstens bis in die jüngste Zeit, durchaus kein vollkommener, sondern arbeitete nur langsam und schwerfällig. Der Regierungsrat hat in seinen Geschäftsberichten wiederholt sein Bedauern ausgesprochen, daß es nicht möglich gewesen sei, bei allen Rechnungsstellern, während eines Jahres, Kassastürze vorzunehmen. Für Vollkommenheit des Kontrollapparates steht nun aber der Dienstherr den Amtsbürgen nicht ein. Die Frage, inwieweit staatsrechtlich die staatlichen Oberbehörden verpflichtet seien, für vollständig zweckmäßige Organisation der Rechnungs- und Finanzkontrolle zu sorgen, ist von der andern Frage, wie weit privatrechtlich der Staat dem Amtsbürgen gegenüber für Mängel in der Beaufsichtigung der Beamten einzustehen habe, durchaus verschieden. Die letztere Verpflichtung geht, wie oben ausgeführt worden ist, nicht weiter, als die bona fides des Bürgschaftsvertrages es erfordert, d. h. der Staat hat nur für Arglist und dieser gleich zu achtende grobe, unentschuldbare Fahrlässigkeit einzustehen; er haftet nicht für jeden Verstoß gegen die Sorgfalt, welche eine vollkommen ausgerüstete, vollständig sorgfältig verfahrende Verwaltung aufwenden würde, sondern nur für grobe, un-

verzeihliche Verstöße, welche auch eine minder sorgsame Verwaltung sich in der Regel nicht zu Schulden kommen läßt, sondern welche eine unentschuldbare Nichtbeachtung der Interessen der Bürgen bekunden. Eine Fahrlässigkeit dieser Art kann nun darin, daß in concreto die solothurnischen Behörden eine völlig ausreichende Finanzkontrolle nicht geschaffen haben, und daher die Kassastürze während langer Zeit nur in großen Zwischenräumen vorgenommen haben, nicht gefunden werden.

5. Darnach liegt denn aber für eine grobe, die Bürgen befreiende Fahrlässigkeit überhaupt nichts vor, sofern nicht den Aufsichtsbehörden des Oberamtmanns Weltner solche Thatsachen zur Kenntnis gekommen waren, welche denselben, bei auch nur einiger Aufmerksamkeit, als der Veruntreuung verdächtig erscheinen lassen mußten. Nach dem festgestellten Thatbestand kann dies jedoch nicht als erwiesen betrachtet werden. Die bei den Kassauntersuchungen vom 26. Oktober 1885 und 28. März 1887 konstatierten Unregelmäßigkeiten Weltner's in der Buch- und Kassaführung waren doch nicht derart, daß sie bei den Kontrollbeamten, wenn diese nicht grob-fahrlässig verfuhren, den Verdacht erwecken mußten, Weltner sei ein Beamter, welcher, zur Verhütung von Veruntreuungen, besonders scharf im Auge behalten werden müsse. Der Rückstand in der Führung des Kassabuchs war speziell bei der zweiten Untersuchung ein unerheblicher, der nicht geeignet war, bei den Kontrollbeamten Verdacht zu erregen. Die Bemerkung im ersten Revisionsberichte, die Kreditoren der sog. Fremdenkasse seien verspätet ausbezahlt worden, kehrt im zweiten nicht wieder, und es ist wohl anzunehmen, daß dieser, übrigens nicht auf Untreue, sondern bloß auf Saumseligkeit hindeutende Fehler nicht wieder konstatiert wurde. Dagegen ist allerdings in beiden Untersuchungsberichten festgestellt, daß der Oberamtmann die Kassaposten der Verwaltungen des Bezirksschulfonds von Grenchen und Niederwyl der sog. Fremdenkasse nicht einverleibt hat, und daß er verfügbare Gelder vorschriftswidrig nicht bei den amtlichen Depositenstellen, sondern bei der solothurnischen Hülfskasse auf seinen eigenen persönlichen Namen hinterlegt hat. Allein was zunächst die erste Unregelmäßigkeit anbelangt, so mochte sie dem Kontrollbeamten als eine bloße, auf Ungeschick zurückzuführende Ordnungswidrig-

keit erscheinen, und es ist übrigens nicht dargethan, daß dieselbe auch nach der zweiten Bemerkung des Kantonsbuchhalters noch fortgedauert habe, und betreffend die Anlage der verfügbaren Gelder sodann ist zwar richtig, daß die gerügte Anlage eine durchaus ordnungswidrige war, dagegen indizierte sie nicht, daß ein Kassadefizit vorliege, oder daß der Oberamtmann überhaupt unredlicher Absichten verdächtig sei. Denn die in den vorgelegten Depositenscheinen genannten Gelder waren zur Zeit der Kassarevision wirklich bei der solothurnischen Hülfskasse deponiert und der Kontrollbeamte hat, wenigstens bei der zweiten Kassarevision, sich darüber auch vergewissert, indem er sich einen Kontokorrentauszug von der Hülfskasse vom damaligen Tage vorweisen ließ. Daß die Anlage auf den persönlichen Namen des Oberamtmanns dem Kontrollbeamten nicht verdächtig schien, ist wohl erklärlich, da eben Weltner sich eines durchaus unbescholtenen Rufes erfreute, und ihm sachlich diese Art der Anlage keine größere Verfügungsgewalt über das Depositum gewährte, als wenn dieses auf den Namen des Oberamtes gemacht worden wäre. Da die vom Oberamtmann vorgelegten Depositenscheine den wirklich geleisteten Depositen entsprachen, also den darin ausgedrückten Wertbetrag wirklich repräsentierten, so stimmte der effektive mit dem buchmäßigen Kassabestand überein, und der Kontrollbeamte durfte also ohne grobe Fahrlässigkeit annehmen, es liege ein Grund, über die Kassaführung sich zu beunruhigen und diese einer besondern Aufsicht zu unterstellen, nicht vor, dies um so mehr, als Weltner, nach dem Ergebnis des Zeugenbeweises, einfach lebte, und allgemein als rechtschaffener, wenn auch unbeholfener Beamter galt, dem Veruntreuungen nicht zuzumuten seien.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Klage wird in dem Sinne gutgeheißen, daß die Beklagten verurteilt werden, dem Kläger unter solidarischer Haft die Summe von 5890 Fr. 54 Cts. nebst Zins zu 5 % seit dem 10. Dezember 1894 zu bezahlen. Mit seiner Mehrforderung ist der Kläger abgewiesen.

X. Civilstreitigkeiten zwischen Bund und Privaten. — Différends de droit civil entre la Confédération et des particuliers.

51. Urteil vom 3. März 1897 in Sachen Bachmann gegen Schweizerische Eidgenossenschaft.

A. Der im Jahre 1859 geborene Rudolf Bachmann trat im Sommer 1889 als Arbeiter in die durch die schweizerische Eidgenossenschaft betriebene Munitionsfabrik in Thun ein und bediente hier während mehrerer Jahre mit einigen, meist durch vorübergehende Erkrankungen veranlaßten Unterbrechungen, mit einem Kameraden die neben vielen andern Maschinen in einer geräumigen Fabrikräumlichkeit aufgestellte sog. Bleidrahtpresse. Diese besteht im wesentlichen aus einem Schmelzofen und einer hydraulischen Presse, und die sie bedienenden Arbeiter haben einmal die je etwa 50 Kilogramm schweren Bleizungen von außerhalb des Fabrikgebäudes her in den Kessel des Schmelzofens zu tragen, die Feuerung des letztern zu besorgen, während des Einschmelzens mit einer Kelle den entstehenden Schaum abzunehmen, das flüssige Blei in den Preßcylinder zu leiten, die Presse in Funktion zu setzen, und die gepreßten Bleidrähte aufzuhaspeln und wegzutragen. Überdies hatten die beiden Arbeiter jährlich einige Male einen von der Feuerung nach dem Hochkamin führenden, unterirdischen Rauch-Abzugskanal, in den wohl auch von der Presse her Bleiabfälle und andere Unreinigkeiten gelangen konnten, zu reinigen. Nachdem dann Bachmann im Frühjahr 1894 von der Bleidrahtpresse wegversetzt worden war, blieb er vom 18. Oktober 1894 an wegen ernsthafterer Erkrankung vollständig von der Arbeit aus. Er ließ sich durch den Arzt E. Fankhauser in Uebeschi behandeln, der in einem Zeugnis vom 10. Dezember 1894 erklärte, derselbe sei, „an Neurasthenie infolge chronischer Bleivergiftung leidend", immer noch arbeitsunfähig. Bachmann wendete sich bald darauf auch noch an einen zweiten Arzt, Schmid in Wimmis, der in einer Zuschrift an die Direktion der eidg. Munitionsfabrik vom

12. Januar 1895 ebenfalls erklärte, daß derselbe an chronischer Bleivergiftung erkrankt sei, und an dieser Diagnose mit Schreiben vom 4. Februar 1895 festhielt, auch nachdem ihm der Krankenbericht des Patienten vorgewiesen worden war. Auf Veranlassung der Fabrikleitung begab sich hierauf Bachmann am 11. März 1895 zur Untersuchung und Behandlung in das Inselspital in Bern, aus dem er am 2. April ungebessert entlassen wurde. In einem Bericht an die Munitionsfabrik vom 5. April bemerkte der erste Assistent der medizinischen Klinik des genannten Spitals, Dr. Deucher, Bachmann leide gegenwärtig an einem chronischen Magenkatarrh mit Magenerweiterung, sowie an hochgradiger Neurasthenie. Allergrößter Wahrscheinlichkeit nach habe sich derselbe eine chronische Bleivergiftung zugezogen; doch sei von diesem Leiden gegenwärtig fast nichts mehr vorhanden: der Bleisaum sei kaum angedeutet, Blut normal, keine Bleilähmung, keine Kolik. Was den Zusammenhang der drei Leiden betreffe, so sei wahrscheinlich der chronische Magenkatarrh die Folge der Nervenschwäche und habe wiederum seinerseits diese noch vermehrt. Sonach sei anzunehmen, daß die Bleivergiftung den Anlaß gegeben habe zum Ausbruch der Neurasthenie, also mit eine Ursache seiner gegenwärtigen Leiden geworden sei. Immerhin müsse die Hauptursache in der physischen Veranlagung gesucht werden. In einem am 21. Mai 1895 dem Anwalt des Bachmann erstatteten Berichte sodann ließ sich der nämliche Arzt dahin aus, Bachmann sei in das Spital eingetreten angeblich wegen Bleivergiftung; doch sei von einer solchen nichts zu konstatieren gewesen; der anfänglich noch ganz schwach angedeutete Bleisaum sei beim Austritt nicht mehr zu konstatieren gewesen. Dagegen habe Patient während des ganzen Spitalaufenthaltes an ausgesprochener Neurasthenie gelitten, für die die Hauptursache in der Veranlagung desselben zu suchen sei. Den Anlaß zum Ausbruch habe wahrscheinlich eine vorhandene Magenerweiterung gegeben. Auch sei eine frühere Bleivergiftung möglich, und wenn die Aussagen des Patienten als richtig angenommen würden, welcher Annahme vom medizinischen Standpunkte aus nichts entgegen stehe, sogar wahrscheinlich. Es bestehe sonach die Möglichkeit, daß diese frühere Bleivergiftung einen weitern Anlaß zum Ausbruch der Neurasthenie gegeben habe. In

beiden Berichten war beigefügt, Simulation sei nach genauer Beobachtung ausgeschlossen.

B. Wegen dieser Erkrankung erhob Bachmann einen Entschädigungsanspruch an die schweiz. Eidgenossenschaft und klagte denselben, da letztere ihn nicht anerkennen wollte, mit Schriftsatz vom 31. Dezember 1895 vor Bundesgericht ein. Die Rechtsbegehren gehen dahin:

„1. Die Beklagte sei schuldig und zu verurteilen, dem Kläger „angemessenen Schadenersatz zu leisten.

„2. Es sei dem Urteil betreffs Höhe der Entschädigung ein „Rektifikationsvorbehalt im Sinne des Art. 8 des Fabrikhaft„pflichtgesetzes einzufügen, beides unter Kostenfolge."

Der Kläger sei, wird zur Begründung angeführt, infolge seiner Beschäftigung in der Fabrik der Beklagten an Bleivergiftung erkrankt: Während er beim Eintritt in dieselbe völlig gesund gewesen sei, wie sich insbesondere aus dem Zeugnisse des Dr. Ris ergebe, das dieser ihm beim Anlaß der zum Zwecke der Aufnahme in die Fabrik-Krankenkasse vorgenommenen Untersuchung ausgestellt habe, und während er auch noch ein halbes Jahr später ohne Anstand in die kantonale Krankenkasse der Gemeinde Amsoldingen aufgenommen worden sei, sei er etwa 2 Jahre nach seinem Eintritt erkrankt; es hätten sich starke Bauchschmerzen, Magenbrennen u. s. w. eingestellt, die ihn gezwungen hätten, oft zu Hause zu bleiben und die Arbeit auszusetzen. Das Leiden habe sich trotz ärztlicher Behandlung stets verschlimmert und zur Folge gehabt, daß er seine Arbeit ganz habe aufgeben müssen. Es habe sich nämlich in Folge der Bleivergiftung eine Nervenkrankheit entwickelt, die sich zuerst in Anfällen von Schwermut geäußert und bis zur Raserei und Tobsucht gesteigert habe, so daß seine Unterbringung in einer Heilanstalt nur eine Frage der Zeit sei. Kläger sei infolge dessen seit dem 18. Oktober 1894 für unabsehbare Zeit und wahrscheinlich für immer vollständig arbeitsunfähig, und da die im Dienste der Beklagten acquirierte Bleivergiftung die Ursache seines Zustandes sei, so habe dieselbe für die ökonomischen Folgen nach Haftpflichtrecht aufzukommen, und ihm zu ersetzen:

a. Die bereits entstandenen Heilungskosten

mit . . . . . Fr. 344 50

b. Die künftigen Heilungskosten, die auf 360 Fr. per Jahr oder kapitalisiert auf . . . Fr. 6078 — anzuschlagen seien;

c. Das zulässige Maximum für die dauernde Erwerbsunfähigkeit mit . . . . . „ 6000 —

Für den Fall, daß bei Vornahme der gerichtlichen Expertise die Folgen der Krankheit nicht sicher ermittelt werden könnten, sei überdies Rektifikation des Urteils gemäß Art. 8 Fabrikhaftpflichtgesetz vorzubehalten.

C. Die Beklagte, Schweizerische Eidgenossenschaft, schloß in ihrer Antwort auf kostenfällige Abweisung der Klage des Bachmann: Vorerst wird bestritten, daß dieser an Bleivergiftung erkrankt sei und selbständig den diesbezüglichen Anbringen der Klage gegenüber behauptet: In Hinsicht auf die vorhandenen Schutzvorrichtungen (insbesondere Ventilatoren) und bei der Art, wie die Bleidrahtpresse bedient werde, sei eine Erkrankung eines dabei beschäftigten Arbeiters beinahe ausgeschlossen. Allfällige ungünstige Einflüsse müßten zudem auch andere in der gleichen Fabrikräumlichkeit beschäftigte Arbeiter treffen; noch niemals aber seien solche Erkrankungen vorgekommen. Sogar bei den in besonderm Raum mit der eigentlichen Bleigießerei beschäftigten Arbeitern, die seit langen Jahren stets neben offenen Bleikesseln mit flüssigem Blei arbeiteten, hätten sich niemals Erscheinungen von Bleivergiftung gezeigt. Auf die Zeugnisse sodann, die dem Bachmann bei und kurz nach seinem Eintritt in die Fabrik über seinen Gesundheitszustand zum Zweck der Aufnahme in zwei Krankenkassen ausgestellt worden seien, könne kein wesentliches Gewicht gelegt werden, da die Untersuchung, die bei solchen Anlässen vorgenommen werde, gewöhnlich nicht sehr eingehend und sorgfältig vorgenommen zu werden pflege. Wie es thatsächlich mit seinem Gesundheitszustand bestellt gewesen sei, ergebe sich aus einem Berichte des Präsidenten der Fabrik-Krankenkasse vom 18. Januar 1895. Danach sei er häufig krank gewesen, und zwar meistens infolge seines unsinnigen „Laufens" von Amsoldingen nach der Fabrik und umgekehrt; an Bleivergiftung sei er früher niemals behandelt worden, wohl aber habe er die Krankenkasse auszubeuten versucht, indem er nicht nur länger als nötig zu Hause geblieben sei, son-

dern hier auch gearbeitet habe, wie dem Präsidenten der Krankenkasse vom Vater und Schwager des Klägers selbst im Frühjahr 1894 hinterbracht worden sei. Die Krankheiten, an denen Bachmann, während er an der Bleidrahtpresse beschäftigt gewesen sei, nach den bezüglichen ärztlichen Zeugnissen gelitten habe, rechtfertigen für sich allein den Schluß auf Bleiintoxikation nicht; dieselben seien vielmehr eher auf dessen ungeeignete Lebensweise zurückzuführen. Verneint werden dann auch die behaupteten Folgen der Krankheit, insbesondere daß Bachmann neurasthenisch sei. Endlich wird auch die Schadenaufstellung in verschiedenen Punkten bemängelt.

D. In der Replik werden die selbständigen Anbringen der Antwort bestritten und speziell gegenüber der Behauptung, daß in der Munitionsfabrik noch keine Bleivergiftungen vorgekommen seien, bemerkt, daß vor etwa Jahresfrist ein Nebenarbeiter des Klägers, Kropf, an einer im Dienste der Beklagten acquirierten Bleivergiftung gestorben sei.

E. Die Beweisführung über die bestrittenen Thatsachen ergab im wesentlichen folgendes Resultat:

1. Hinsichtlich des frühern Gesundheitszustandes des Klägers und seiner Erkrankungen vor dem 18. Oktober 1894: Das Zeugnis des Dr. Ries vom 29. Juli 1889, das zum Zweck der Aufnahme in die Krankenkasse der Munitionsfabrik ausgestellt worden und dem eine, nach Aussage des genannten Arztes, allerdings nur cursorische Untersuchung vorangegangen war, bezeichnet den Kläger als gesund; in der Rubrik der eigenen Angaben über den bisherigen Gesundheitszustand findet sich die Notiz: „Will „nie krank gewesen sein (Mutter und Bruder an Lungenkrankheit „gestorben)", und unter Krankheitsanlagen: „Unbedeutender Drü„sentumor unter linkem Unterkiefer. Schön und kräftig gebaut." Der Zeuge Richner, der während etwa 3 Jahren neben Bachmann an der Bleidrahtpresse gearbeitet hat, sagt aus, dieser habe stets ein etwas bleiches Aussehen gehabt und oft über Schmerzen geklagt, wobei er auf den Unterleib gezeigt habe, ohne daß man eigentlich gewußt habe, was ihm fehle; er habe sich dann jeweilen in einer Kammer ausgeruht. Nach ärztlichen Zeugnissen vom 10. Juli 1890, 13. August gl. J., 3. Juni 1891, 26. August

1892, 25. November gl. J., 5. Februar 1894 und 24. Februar gl. J. war Bachmann zu jenen Zeitpunkten jeweilen für einige Zeit arbeitsunfähig, und zwar:

Das erste Mal wegen Schulterblatt- und Nackenrheumatismus, das zweite Mal wegen einer tiefen Rißwunde der linken Augenhöhle (infolge Sturzes), das dritte Mal wegen Harnröhrenentzündung, das vierte Mal wegen Kreuzrheumatismus, das fünfte Mal wegen Ischias und andern rheumatischen Schmerzen, das sechste Mal wegen Influenza, das siebente Mal wegen Gelenkrheumatismus.

Der Präsident der Fabrik-Krankenkasse bestätigt als Zeuge, daß Bachmann häufig und zuweilen in mißbräuchlicher Weise die Krankenkasse in Anspruch genommen hat, und zwar nicht wegen Bleivergiftung.

2. Hinsichtlich des jetzigen Zustandes des Klägers: die medizinischen Experten, Prof. Dr. Sahli und Dr. Dubois in Bern berichten hierüber in ihrem auf Grund einer Untersuchung erstatteten Gutachten vom 10. Januar 1897: „Bachmann ist ein seinem Alter entsprechend aussehender Mann von 37 Jahren, von „mittlerer Größe, von kräftigem Körperbau, mit gut entwickelter „Muskulatur. Nichts in seiner Haltung, in seinem Gang verrät „hochgradige Nervosität oder überhaupt Krankheit. Er gibt mit „Leichtigkeit Auskunft über die Vergangenheit, ohne daß irgend „welche Gedächtnißschwäche dabei bemerkbar wird. Gegenwärtig behauptet er sich gesünder zu fühlen als früher. Die Magenbeschwerden, das Erbrechen, die Bauchschmerzen sind verschwunden. „Die einzigen Klagen beziehen sich auf Kopf- und Nackenschmerzen, auf Gefühl von Schwere in den Beinen, auf größere Ermüdbarkeit beim Arbeiten. Sonstige Störungen konnte Patient „nicht angeben, er leugnet auch ganz bestimmt, an Melancholie „zu leiden, geschweige denn an Tobsucht, wie irgendwo in den „Akten behauptet wird. Die objektive Untersuchung ergibt auch „keine Zeichen einer organischen Erkrankung: Die Hautfarbe ist „etwas blaß, bräunlich, doch nicht krankhaft. Der Blick ist normal, der Gesichtsausdruck in keiner Weise melancholisch. Bei „Besprechung seiner Angelegenheiten, beim Erzählen seines Kummers im Verlaufe des Prozesses fließen ihm einige Thränen, doch

„kann er sich bald beruhigen. Die Schleimhäute sind nicht anä-
„misch. Die Zunge ist rein, an den Rändern des Zahnfleisches
„läßt sich nicht der geringste Bleisaum nachweisen. Lungen und
„Herz geben bei der Perkussion und Auskultation vollkommen
„normale Verhältnisse. Auch die Untersuchung des Abdomens er-
„gibt nichts Abnormes. Der Bauch ist nicht aufgetrieben, auf
„Druck nirgends schmerzhaft, Leber und Milz sind nicht ver-
„größert. Die auf der medizinischen Klinik vorgenommene ge-
„nauere Untersuchung des Magenchemismus hat ein normales
„Resultat gegeben. Der Urin ist von normaler Farbe, frei von
„Eiweiß und Zucker. Von Seite des Nervensystems ist objektiv nichts
„nachweisbar. Die Augenbewegungen sind normal, ebenso auch
„die Sehschärfe. Die Untersuchung mittelst des Perimeters ergibt
„keine Einengung des Gesichtsfeldes und keine Ermüdbarkeit. Nir-
„gends sind Lähmungserscheinungen zu konstatieren. Die Hautsen-
„sibilität ist normal, ebenso die Haut- und Sehnenreflexe. Kurz,
„objektiv läßt sich nichts nachweisen, und die Klagen des Patien-
„ten reduzieren sich auf besagte Schmerzen im Kopf und Nacken,
„sowie auf die Schwäche in den Beinen." Die Untersuchung
liefere gegenwärtig, antworteten dann die Experten auf besondere
Frage, keine sichern Zeichen einer bestehenden Bleivergiftung; er
habe gegenwärtig keine Kolikanfälle, keine Lähmungen, keinen Blei-
saum an den Rändern des Zahnfleisches; allerdings seien dies
keine konstanten Erscheinungen, deren Abwesenheit Bleivergiftung
auszuschließen gestatten würde, aber auf solche Symptome sei man
angewiesen, um eine Blutvergiftung direkt nachzuweisen. Gegen-
wärtig leide Bachmann, heißt es auf eine weitere Frage, nur noch
an Kopf- und Rückenschmerzen und allgemeiner Müdigkeit, na-
mentlich in den Beinen; die Nervenschwäche scheine keine hoch-
gradige zu sein; von Melancholie und Tobsucht sei nichts zu kon-
statieren gewesen, wie er selbst jede Spur von Geistesstörung
leugne. Die gegenwärtig bestehende Reduktion der Arbeitsfähigkeit
wird sodann auf 40 % geschätzt und beigefügt, daß völlige Her-
stellung der Arbeitsfähigkeit nach der Erledigung des Prozesses
nicht ausgeschlossen scheine.

3. Betreffend die Frage, ob Bachmann früher an Bleivergiftung
gelitten habe und ob sein jetziger krankhafter Zustand hierauf zu-

rückzuführen sei: die Möglichkeit, daß Kläger bei seiner Beschäftigung an Bleivergiftung erkranken konnte, nehmen die medizinischen Experten an, obschon der technische Sachverständige erklärte, daß Bleidämpfe nicht entstehen und keine Versetzung der Luft mit Bleioxyd haltenden Staubpartikelchen stattfinde und daß auch gute Ventilatoren vorhanden seien; sie bemerken diesbezüglich: „Auch „die guten Ventilationseinrichtungen schließen die Möglichkeit der „Vergiftung nicht aus. Bei seiner Arbeit mußte Bachmann oft „metallisches Blei und Bleiabfälle in die Hände nehmen und diese „wiederholte Berührung und Beschmutzung der Hände mit Blei „genügt, um eine Bleivergiftung hervorzurufen. Verunreinigung „der Hände mit Blei spielt überhaupt bei der Entstehung der be„ruflichen Bleivergiftungen eine mindestens ebenso große Rolle „wie die Einatmung von Bleidampf und Bleistaub. Daß andere „Arbeiter Jahre lang die gleiche Arbeit verrichtet haben, ohne zu „erkranken, beweist nichts. Abgesehen davon, daß nicht alle Arbei„ter gleich sorgfältig die Reinigung der Hände, namentlich vor „dem Essen besorgen, muß man noch mit einer gewissen Prädis„position, mit einer erhöhten Empfindlichkeit gegen die Wirkungen „des Giftes rechnen. In Buchdruckereien ist es schon vorgekom„men, daß ein Setzer infolge der Berührung der Typen an siche„rer Bleivergiftung erkrankte, während sämtliche andern Arbeiter „gesund blieben.“ Der Behauptung der Beklagten gegenüber, es seien bisher in der Fabrik keine Bleivergiftungen vorgekommen, hat Werkführer Hottinger bezeugt, daß in den 80er Jahren ein Arbeiter Kropf, der an der frühern, allerdings anders konstruierten Bleipresse gearbeitet habe, pensioniert worden und gestorben sei, und zwar sei derselbe bleikrank gewesen. Darüber aber, ob thatsächlich Bachmann an Bleivergiftung gelitten habe, bemerken die medizinischen Sachverständigen: Die Schmerzen, an denen Bachmann seit 1889 gelitten habe (Schulterblatt- und Nackenschmerzen, Ischias und Gelenkschmerzen) kommen so oft ohne Bleivergiftung vor, daß kein Grund sei, dieselben mit großer Wahrscheinlichkeit auf eine Bleivergiftung zurückzuführen; sie können davon herrühren, können aber auch andere Ursachen haben. Ob Bachmann früher Symptome von Bleivergiftung dargeboten habe, könne nicht mehr entschieden werden; er soll einige Male

kolikartige Bauchschmerzen gehabt haben; in der am 11. März 1895 aufgenommenen Krankengeschichte der medizinischen Klinik des Inselspitals heiße es wörtlich: Kein Bleisaum, während allerdings nach den Berichten von Dr. Deucher eine Spur von Bleisaum beim Eintritt in das Spital vorhanden gewesen wäre; man stehe da vor Widersprüchen und gegenwärtig sei es unmöglich, diese Frage zu lösen. Die Ursachen des jetzigen nervösen Zustandes sodann könnten nicht mit Sicherheit bestimmt werden. Wenn keine charakteristischen Merkmale einer stattgehabten Bleiintoxikation nachweisbar seien, so könne man natürlich auch nicht behaupten, daß zwischen Bleieinwirkung und den jetzigen Beschwerden ein ursächlicher Zusammenhang bestehe, wenn auch nicht geleugnet werden könne, daß Bleivergiftung sie hervorgerufen haben mögen. Und später betonen die Experten nochmals die Unmöglichkeit, Bleivergiftung als sichere und alleinige Ursache des bestehenden Übels festzustellen.

F. Im heutigen Vorstande wiederholten die Parteianwälte die schriftlich gestellten Anträge.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

Die Beklagte bestreitet ihre Haftpflicht deshalb, weil der Kläger nicht dargethan habe, daß er sich beim Betriebe der Fabrik eine Krankheit im Sinne des Art. 3 des Fabrikhaftpflichtgesetzes zugezogen habe, und daß sein jetziger Zustand auf eine derartige Erkrankung zurückzuführen sei. Sie hat zudem diesbezüglich den Gegenbeweis angetreten, indem sie eine Erkrankung des Klägers an Bleivergiftung als beinahe ausgeschlossen hinstellt, was sie daraus folgern will, daß in den Fabrikräumlichkeiten viele und mustergültige Schutzvorrichtungen vorhanden, und daß weder unter den in den gleichen Räumlichkeiten beschäftigten, noch bei den in der eigentlichen Bleigießerei beschäftigten Arbeitern je Bleivergiftungen vorgekommen seien. Allein abgesehen davon, daß letztere Behauptung sich nicht erwahrt hat, indem nach dem Zeugnis des Werkführers Hottinger in den 80er Jahren ein Arbeiter Namens Kropf, der damals die — allerdings anders konstruierte — Bleipresse bedient hatte, an Bleivergiftung erkrankt ist, erklären die medizinischen Sachverständigen mit aller Deutlichkeit, daß die Möglichkeit, daß Bachmann bei seiner Arbeit an Bleivergiftung

erkranken konnte, keineswegs auszuschließen sei, und wenn sie auch beifügen, daß dabei gewisse individuelle Momente von Bedeutung sein können, nämlich das größere oder geringere Maß von Reinlichkeit, das die Arbeiter aufwenden und eine eventuelle Prädisposition, so mag es fraglich sein, ob im einzelnen Falle beim Vorhandensein von solchen besondern Umständen die Fabrik von ihrer Haftpflicht sich befreien könne; allein es müßten dann dieselben zum mindesten speziell nachgewiesen werden, was vorliegend nicht zutrifft. Anderseits kann aber auch der dem Kläger auffallende Hauptbeweis nicht als erbracht angesehen werden. Art. 3 des Fabrikhaftpflichtgesetzes verlangt von demjenigen, der wegen einer innern Erkrankung gegen den Fabrikunternehmer einen Haftpflichtanspruch erhebt, ausdrücklich den Nachweis dafür, daß man es mit einer spezifischen, ausschließlich durch den Betrieb der Fabrik hervorgerufenen, Berufskrankheit zu thun habe. Danach darf es jedenfalls mit dem dem Kläger obliegenden Beweise für das Vorhandensein einer auf den Betrieb zurückzuführenden Berufskrankheit nicht leicht genommen werden. Gerade in dem entscheidenden Punkte mangelt es nun aber an einem hinlänglichen Beweise. Zwar fehlt es in den Akten nicht an Anhaltspunkten dafür, daß Bachmanns Organismus wirklich durch die Einwirkung des Bleis, womit er jahrelang fast ununterbrochen zu schaffen hatte, gelitten habe. Zunächst muß auffallen, daß der Kläger, der bei seinem Eintritt in die Fabrik völlig gesund war, nach einer gewissen Zeit nicht nur während der Arbeit öfters von Unwohlsein befallen wurde, das nach der Aussage des Zeugen Rychner speziell in Bauchschmerzen bestanden zu haben scheint, sondern auch wegen ernsterer Erkrankungen, insbesondere wegen Rheumatismus u. dergl. mehrfach gänzlich von der Arbeit ausbleiben mußte. Ohne weiters erklärten sodann die Ärzte Fankhauser und Schmid im Dezember 1894 und Januar 1895, Bachmanns Zustand sei eine Folge von Bleivergiftung. Und beim Eintritt in das Inselspital in Bern wäre nach den Berichten von Dr. Deucher ein charakteristisches Zeichen dieser Krankheit, der Bleisaum an den Zahnfleischrändern, noch leicht angedeutet gewesen, während allerdings, wie die Experten mitteilen, die damals aufgenommene Krankengeschichte ausdrücklich hervorhebt: „Kein Bleisaum“,

Allein anderseits erklären die medizinischen Experten, deren Sachkunde völlig außer Zweifel steht, daß die Untersuchung des Bachmann gegenwärtig keine sichern Zeichen einer bestehenden Bleivergiftung liefern, und daß nicht mehr entschieden werden könne, ob derselbe früher derartige Erscheinungen dargeboten habe. Dieses Urteil der Sachverständigen fällt um so mehr in's Gewicht, als denselben das gesamte Aktenmaterial, insbesondere auch die Zeugnisse der Ärzte Fankhauser, Schmid und Deucher, vorgelegen haben. Daß sie dabei über die Zeugnisse der beiden ersten Ärzte hinweggegangen sind, erklärt sich wohl daraus, daß darin keines der typischen Merkmale der Bleivergiftung, auf die man nach den Experten angewiesen ist, um eine solche direkt nachzuweisen, Kolikanfälle, Lähmungen, Bleisaum an den Rändern des Zahnfleisches, konstatiert ist, sondern nur in allgemeiner Weise die Diagnose auf jene Erkrankung gestellt wird. Und daß den Berichten von Dr. Deucher nicht allzugroßer Wert beigelegt wurde, ist ebenfalls erklärlich, da dieselben nach ihrer vorsichtigen und übrigens zum Teil sich nicht völlig deckenden Formulierung für das Vorhandensein eines Bleisaums doch nicht einen durchaus sichern Beweis liefern. So bleibt also unter allen Umständen über die entscheidende Thatfrage eine Unsicherheit zurück, die es nicht zuläßt, daß der dem Kläger nach Art. 3 des Fabrikhaftpflichtgesetzes obliegende Beweis dafür als geleistet angesehen werde, daß derselbe beim Betriebe der Fabrik an Bleivergiftung erkrankt sei. Dann kann aber natürlich, wie übrigens auch die Experten bemerken, auch davon keine Rede sein, daß der jetzige krankhafte Zustand ausschließlich vom Betriebe der Fabrik herrühre, und es ist deshalb die Klage mangels Nachweises einer ausschließlich beim Betriebe acquirierten Berufskrankheit abzuweisen.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Klage wird abgewiesen.

XI. Civilstreitigkeiten zu deren Beurteilung das Bundesgericht von beiden Parteien angerufen worden war.

Différends de droit civil portés devant le Tribunal fédéral par conventions des parties.

52. Urteil vom 20. Februar 1897 in Sachen Fouquet & Cie. gegen Wyrsch.

A. Der Beklagte, welcher Teigwarenfabrikant in Buochs ist, bediente sich für seine Einkäufe von Gries auf dem Platze Marseille der Vermittlung des vereidigten Maklers G. P. Bottazzo. Am 20. Mai 1893 telegraphierte Bottazzo an den Beklagten: „Aufschlag fortschreitend, Käufer zurückhaltend, Zolltarif Veränderung fürchtend, Festofferte 25 Fr. 50 gesackt 100 monatlich 10 Monate ab Juli empfehle sofortige Drahtzusage." Der Beklagte antwortete hierauf mit Telegramm vom selben Tage: „Acceptiere 500 SSS 500 SSSF," worauf Bottazzo ihm am 23. Mai 1893 telegraphisch meldete: „geordnet," und mit Brief vom 24. Mai 1893 bestätigte, er habe im Auftrage des Beklagten gekauft: 500 Ballen SSS und SSSF bei A. Rambaud in Marseille, 500 Ballen SSS und SSSF bei den Klägern. Gleichzeitig sandte er ihm Duplikate der Verkaufskontrakte; die wesentlichen Bestimmungen des Vertrages mit den Klägern lauten: Die Ware sollte von Fabrikation und Marke der Kläger, von gesunder Qualität, frisch und fehlerfrei sein; der Kaufpreis war 25 Fr. 50 für SSS, 24 Fr. 50 für SSSF. Die Lieferung hatte nach Verlangen und Bedürfnis des Käufers in den 10 oder 12 Monaten vom Juli 1893 an zu erfolgen, franko Seebahnhof Marseille, Wert 60 Tage, zahlbar bei Falk & Cie. in Luzern. Am selben Tage sandten auch die Kläger an den Beklagten ein Bestätigungsschreiben.

B. Am gleichen 24. Mai schrieb der Beklagte an Bottazzo:

„Acceptierte Ihnen gestern 5000 Kilos Gries SSS und 5000 Kilos SSSF zum Preise von 25 Fr. 50 und 23 Fr. 50, lieferbar ab Juli 1893 gewohnte Konditionen.“ Auf die Schreiben Bottazzo's und der Kläger vom 24. Mai 1893 schwieg er zunächst. Im Laufe des Prozesses behauptete er, er habe schon am 21. Mai 1893 an Bottazzo geschrieben, vor November brauche er kein Gries, und diesen Brief habe Bottazzo vor Abschluß des Kaufvertrages mit den Klägern erhalten. Letzteres wird von den Klägern bestritten. Auch bestritt der Beklagte, das Telegramm Bottazzo's vom 23. und dessen Brief vom 24. Mai 1893 erhalten zu haben, und behauptete, der Brief des Klägers vom 24. Mai 1893 sei ihm erst am 3. oder 4. Juni, nach seiner Rückkehr von einer Geschäftsreise, zugekommen. Mit Brief vom 4. Juni 1893 meldete er an Bottazzo, er habe keinen Gries SSS oder SSSF zu 24 Fr. 50 bestellt, und am 23. Juni 1893 schrieb er an denselben, er stehe mit Fouquet & Cie. gar nicht in Verkehr und annulliere den Kauf. Auf den Bestätigungsbrief der Kläger vom 24. Mai 1893 antwortete er nie.

C. Die Kläger mahnten den Beklagten mit Brief vom 8. Dezember 1893, der sich ordnungsgemäß in ihrem Copierbuch eingetragen findet, die Ware abzurufen. Der Beklagte antwortete hierauf nicht und bestritt im Prozesse, diesen Brief empfangen zu haben. Eine weitere briefliche Mahnung erfolgte unterm 26. Mai 1894, worauf der Beklagte mit Schreiben vom 1. Juni 1894 erwiderte, er habe nie 500 Ballen Gries von den Klägern gekauft. Weitere Auseinandersetzungen führten zu keinem Ziele, und mit Brief vom 11. Dezember 1894 forderten die Kläger durch ihren Anwalt den Beklagten förmlich auf, bis zum 20. Dezember 1894 über die zu beziehende Ware zu disponieren, ansonst der Vertrag als aufgelöst betrachtet und der Beklagte für allen den Klägern entstehenden Schaden haftbar gemacht werde. Eine Erklärung des Beklagten, den Vertrag halten zu wollen, oder eine Disposition seinerseits ist innert der angesetzten Frist nicht erfolgt. Vergleichsvorschläge, die er machte, konnten von den Klägern nicht acceptiert werden. Die Griespreise waren inzwischen gesunken; laut einem von den Klägern im Prozesse eingelegten Zeugnisse des Syndikates der beeidigten Warenmakler in Mar-

seille betrugen sie am 21. Dezember 1894 16 Fr. bis 16 Fr. 25 für SSS, 15 Fr. für SSSF.

D. Es kam zum Prozesse, in welchem die Kläger vom Beklagten die Bezahlung von 5000 Fr. nebst Zins zu 5 % seit 9. Januar 1895 — dem Tage der Vorladung vor Vermittlungsgericht — fordern. Vor der Sühnebehörde einigten sich die Parteien, den Rechtsstreit gemäß Art. 52 Ziff. 1 des B.-G. über die Organisation der Bundesrechtspflege dem Bundesgericht zur erst- und letztinstanzlichen Entscheidung zu unterbreiten.

E. Zur Begründung ihrer Klage, deren Gutheißung unter Kostenfolge sie beantragten, stützten sich die Kläger auf die in Fakt. A—C erwähnten Thatsachen und führten weiterhin aus: Nachdem der Beklagte am 1. Juni 1894 erklärt habe, den Kaufvertrag nicht halten zu wollen, seien sie nach Art. 110 ff., speziell auch nach Art. 122 O.-R. berechtigt, Schadenersatz zu verlangen. Zur Berechnung des Quantitativs des erlittenen Schadens seien folgende Faktoren in Betracht zu ziehen:

a. Die Differenz zwischen dem Kaufpreise und dem Kurse der Ware zur Zeit der Auflösung des Vertrages, d. h. dem 21. Dezember 1894; sie betrage: Für SSS 9 Fr. 50 per 100 Kilos (16—16 Fr. 25 statt 25 Fr. 50), für 250 Säcke à 100 Kilos also 2375 Fr.; für SSSF: ebenfalls 9 Fr. 50 (15 Fr. statt 24 Fr. 50) per 100 Kilos, also für 250 Säcke à 100 Kilos gleichfalls 2375 Fr., zusammen für die 500 Säcke demnach 4750 Fr.

b. Der den Klägern entgangene Fabrikationsgewinn, der 2 Fr. per 100 Kilos, im Ganzen somit 1000 Fr. betrage.

c. Auslagen für Correspondenzen, Certifikate, 2c., die sich auf 100 Fr. beziffern.

Die so entstehende Summe von 5850 Fr. reduzierten sie auf 5000 Fr. in Berücksichtigung des Umstandes, daß die Griesskurse vom Juni 1893 bis Dezember 1894 zeitweise höher standen als 16 Fr. resp. 15 Fr. Immerhin hielten sie daran fest, daß nach den hier Anwendung findenden Usancen des Platzes Marseille bei Berechnung der Preisdifferenz die Kurse vom Dezember 1894 und nicht etwa diejenigen der Zeit, in der die Lieferung nach dem ursprünglichen Vertrage hätte stattfinden

sollen, maßgebend seien, indem nach jenen Usancen bei Terminkäufen die vertragliche Lieferungsfrist stillschweigend als verlängert gelte bis zu dem Zeitpunkte, in dem der eine Kontrahent den andern in Verzug setze.

F. Der Beklagte trug auf Abweisung der Klage unter Kostenfolge an. Zur Begründung brachte er vor:

1. Er habe gar nicht mit den Klägern direkt kontrahiert, sondern nur mit Bottazzo;

2. Ein Kaufvertrag sei überhaupt nicht zu Stande gekommen, indem nie eine Einigung über den Preis und über die Lieferungszeit, Lieferungsart u. s. w. erfolgt sei. Am 24. Mai 1893 habe er an Bottazzo geschrieben, er habe 500 Ballen SSS zu 25 Fr. 50 und 500 Ballen SSSF zu 23 Fr. 50 acceptiert; einen Auftrag, SSSF zu 24 Fr. zu kaufen, habe er Bottazzo nie gegeben;

3. Für den Fall, daß angenommen werden sollte, ein Kaufvertrag zwischen den Litiganten sei abgeschlossen worden, müsse gesagt werden, die Kläger hätten sich durch ihr langes Stillschweigen auf die Briefe des Beklagten an Bottazzo vom 4. und 23. Juni 1893 mit seiner Ablehnung einverstanden erklärt. Der Umstand, daß Bottazzo eventuell den Klägern den Inhalt dieser Briefe nicht zur Kenntnis gebracht habe, spreche nicht hiegegen, da er sie als ihr Vertreter verpflichtet habe;

4. Einen Schaden haben die Kläger nicht bewiesen.

Eventuell bestritt er das Quantitativ des von den Klägern behaupteten Schadens, indem er sich auf den Standpunkt stellte, bei Berechnung der Preisdifferenz sei die Zeit, in der der Vertrag hätte erfüllt werden sollen, maßgebend, und zu dieser Zeit (Juli 1893 bis April 1894) seien die Preise bei beiden Sorten nur um 2 bis 2 Fr. 50 gesunken; von Anwendung der Usancen des Platzes Marseille könne keine Rede sein, vielmehr komme eidgenössisches Recht in Frage. Den Fabrikationsgewinn können die Kläger nicht speziell verrechnen.

G. Replicando und duplicando hielten die Parteien an ihren in Klageschrift und Klagebeantwortung gestellten Begehren fest.

H. Da der Beklagte darauf beharrte, er habe weder das Telegramm Bottazzo's vom 23. Mai 1893, noch dessen Brief vom 24. Mai 1893, noch endlich den Brief des Klägers vom 8. De-

zember 1893 erhalten, schoben ihm die Kläger über diese Behauptung den Eid zu. Der Beklagte nahm ihn an; allein im Termin der Eidesleistung erklärte er bezüglich der zwei ersterwähnten Urkunden: es könne möglich sein, daß er sie erhalten habe; einen Eid dafür, daß er sie nicht erhalten habe, könne er nicht leisten. Dagegen beschwor er seine Aussage, der Brief der Kläger vom 8. Dezember 1893 sei ihm nicht zugekommen und er habe im ganzen Monat Dezember 1893 keinen Brief von den Klägern erhalten.

I. In der heutigen Hauptverhandlung wiederholen die Parteivertreter ihre in den Schriftsätzen gestellten Anträge, indem sie sich zur Begründung im wesentlichen auf die dortigen Ausführungen stützen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Da die Parteien sich auf das Bundesgericht als erste und letzte Instanz geeinigt haben und der Streitwert 3000 Fr. übersteigt, ist die Kompetenz des Bundesgerichtes als forum prorogatum gemäß Art. 52 Ziff. 1 O.-G. begründet.

2. Die Frage, welches Recht zur Anwendung komme, die unter den Parteien zum Teil streitig ist, das französische, wie die Kläger behaupten, oder das eidgenössische Obligationenrecht, wie der Beklagte ausführt, ist in concreto ohne materielle Bedeutung, indem die Bestimmungen beider Rechte in den maßgebenden Materien sich decken. Sie wäre nur von Wichtigkeit für die Entscheidung darüber, welcher Abteilung des Bundesgerichtes die vorliegende Streitsache gemäß Reglement vom 7. September 1893 hätte zugewiesen werden sollen; dies ist aber eine Frage, welche die interne Organisation des Gerichtes betrifft und hier nicht weiter zu erörtern ist.

3. Die vorliegende Klage qualifiziert sich als Schadenersatzklage, basierend auf der Nichterfüllung eines Vertrages. Der Beklagte bestreitet keineswegs, daß Bottazzo mit den Klägern in seinem, des Beklagten, Namen den fraglichen Vertrag abgeschlossen habe; er anerkennt jedoch nicht, daß dieser Vertrag für ihn verbindlich sei, erstens weil die Depesche vom 20. Mai 1893 keinen Auftrag zum Einkauf an Bottazzo enthalten habe, sodann weil Bottazzo unter allen Umständen nicht ermächtigt gewesen sei,

einen Vertrag abzuschließen, bevor er nähere Instruktionen über die Vertragsbedingungen erhalten habe, endlich weil Bottazzo diesen mit Briefen vom 21. und 24. Mai 1893 ihm erteilten Instruktionen zuwidergehandelt habe. Diese Vorbringen enthalten eine negative Litiskontestation, eine Bestreitung des Klagefundamentes, und die Beweislast zur Herstellung des letztern ruht daher auf den Klägern.

4. Was die erste Frage betrifft, ob das Telegramm des Beklagten an Bottazzo vom 20. Mai 1893 einen Auftrag enthalte, so wäre sie zu verneinen, wenn man nur auf den Wortlaut desselben abstellen würde. Allein diese Urkunde ist im Zusammenhange mit dem gesammten Akteninhalt zu prüfen, und hieraus ergibt sich, daß der Beklagte die Stellung Bottazzo's als Vermittlers, bloßen Maklers, Sensals, in Folge seines langjährigen Geschäftsverkehrs mit ihm kannte. Er konnte also gar nicht im Zweifel sein, daß Bottazzo, indem er ihm eine Offerte machte, nicht die Absicht hatte, direkt an ihn zu verkaufen, sondern die, einen Auftrag zum Abschlusse eines Kaufvertrages einzuholen. Diesen Auftrag hat dann der Beklagte mit dem Telegramm vom 20. Mai 1893 erteilt.

5. Mit Unrecht behauptet der Beklagte weiterhin, Bottazzo hätte unter allen Umständen noch nähere Instruktionen betreffend die weitern Konditionen des Vertrages einholen sollen. Die zu verkaufende Ware war bestimmt, ebenso der Kaufpreis bei der einen Qualität; bei der andern verstand er sich nach der Natur des Auftrages in dem Sinne, daß Bottazzo beauftragt sei, zu den damaligen Kursen zu kaufen. Bei einem Auftrage zum Einkauf von Waren ist der Mandatar befugt, die nähern Bedingungen betreffend Lieferungszeit, Lieferungsart ꝛc. abzuschließen, sofern nicht ausdrücklich das Gegenteil unter den Parteien vereinbart worden ist. Für letzteres liegt aber in concreto nichts vor.

6. Ebenso zu Unrecht stellt sich der Beklagte auf den Standpunkt, der Vertrag sei für ihn deshalb nicht verbindlich, weil Bottazzo sich nicht an die ihm im Briefe vom 21. Mai 1893 gegebenen Instruktionen gehalten habe. Die Frage, ob dieser Brief, von dem nur ein beglaubigter Auszug aus dem Copierbuch des Beklagten in den Akten liegt, wirklich am Tage des Datums, das er trägt, geschrieben worden ist, und nicht etwa nachträglich auf den Prozeß hin angefertigt wurde, mag deshalb unerörtert

bleiben, weil die Kläger bestritten haben, daß Bottazzo ihn vor Abschluß des Vertrages mit ihnen empfangen habe, und der Beklagte für seine bestrittene Behauptung einen Beweis nicht einmal anerboten hat. Aus den Akten geht gegenteils hervor, daß ein Brief zwei Tage braucht, um von Buochs nach Marseille oder umgekehrt zu gelangen, so daß mit Sicherheit angenommen werden darf, der fragliche Brief sei erst am 23. Mai 1893 in den Händen Bottazzo's gewesen. Das weitere Verhalten des letztern läßt sodann darauf schließen, daß er ihn nicht vor Abschluß des Vertrages empfangen hat. Allein auch dieser Umstand ist überdies irrelevant, einmal, weil der Wortlaut jenes Briefes so vag und unklar ist, daß er keineswegs einen Widerruf des mit Telegramm vom 20. Mai 1893 erteilten Auftrages enthält, sodann weil der Widerruf des Mandates dem gutgläubigen Dritten, der in Unkenntnis desselben kontrahiert, nicht entgegengehalten werden kann (Art. 41 O.-R., Code civ. fr. Art. 2005). In casu hat der Beklagte nicht einmal behauptet, die Kläger haben Kenntnis von diesem Brief gehabt; die Kläger ihrerseits haben das fortwährend bestritten. Ebensowenig kann sich der Beklagte darauf berufen, Bottazzo habe den ihm im Brief vom 24. Mai 1893 erteilten Instruktionen zuwidergehandelt. Denn nachdem der Beklagte seine Behauptung, er habe die Depesche Bottazzo's vom 23. Mai 1893, die ihm den Abschluß des Geschäftes anzeigte, nicht erhalten, auf den ihm zugeschobenen Eid hin nicht zu beschwören gewagt hat, ist gemäß Art. 150 des Bundesgesetzes über das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten das Gegenteil als erwiesen anzunehmen, und der nachträgliche Brief vom 24. Mai 1893 konnte keinen Einfluß mehr auf die Rechtswirksamkeit des einmal abgeschlossenen Vertrages ausüben (Art. 2008 C. civ. fr.). Das weitere Gebahren des Beklagten zeigt sodann, daß er in der ganzen Sache dem Prinzipe von Treu und Glauben entgegen gehandelt hat. Zunächst widerspricht sein Brief vom 4. Juni 1893 an Bottazzo seinen eigenen Telegrammen und Briefen vom 20. und 24. Mai 1893. Ferner ist der Umstand, daß er auf den Bestätigungsbrief der Kläger vom 24. Mai 1893 nie geantwortet hat, für ihn kennzeichnend. Die kaufmännische Treue erfordert, daß der Empfänger eines Bestätigungsschreibens, der mit diesem nicht einig geht, seine Auffassung dem Absender so-

fort mitteilt; Stillschweigen muß als Zustimmung ausgelegt werden.

7. Aus dem Gesagten ergibt sich, daß die Kläger den ihnen obliegenden Beweis der Existenz des Kaufvertrages mit dem Beklagten erbracht haben, und daß der Beklagte bei seiner Bestreitung in bösem Glauben handelt. Er hat aber im Prozesse ferner noch den Standpunkt eingenommen, die Kläger haben selber den Vertrag als nicht mehr verbindlich angesehen und seinen Rücktritt genehmigt, dadurch, daß sie ihn ein volles Jahr lang nie an die Erfüllung gemahnt haben. Der Beklagte behauptet also, der Aufhebungsgrund der illoyal verspäteten Geltendmachung des Vertragsrechtes, wie Staub, Komm. zum H.-G.-B. Art. 337 § 13, Art. 354 § 31, Art. 355 § 32 sich ausdrückt, treffe zu. Hiegegen mag zunächst darauf verwiesen werden, daß der Beklagte sich erst dann auf diesen Standpunkt gestellt hat, als ihm das Urteil des Bundesgerichtes in Sachen Agelasto gegen ihn bekannt war, was wiederum ein bedenkliches Licht auf seinen guten Glauben wirft. Materiell aber ist zu sagen: Vorerst kann nicht etwa angenommen werden, die Kläger haben durch ihr Stillschweigen auf den Brief des Beklagten an Bottazzo vom 4. Juni 1893 dessen Inhalt genehmigt; denn es liegt nichts dafür vor, daß ihnen dieser Brief zur Kenntnis gebracht worden sei; der Verzicht der Kläger könnte also nur daraus gefolgert werden, daß sie die Mahnung zu lange hinausgeschoben haben; denn allerdings haben sie den Beklagten erst mit Brief vom 8. Dezember 1893 an die Erfüllung gemahnt. Freilich hat der Beklagte behauptet, diesen Brief nicht empfangen zu haben, und diese Behauptung eidlich bekräftigt, so daß sie nach Art. 150 Abs. 2 B.-Ges. betreffend das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten als wahr angenommen werden muß. Allein anderseits findet sich eine Kopie dieses Briefes in dem ordnungsgemäß geführten Copierbuche der Kläger, und es bleibt daher nur die Annahme übrig, derselbe sei verloren gegangen, bevor er an den Beklagten gelangte. Nachdem dieses festgestellt, muß in rechtlicher Beziehung ausgeführt werden: Es ist davon auszugehen, daß die Ausübung eines Vertragsrechtes, hier also des Rechtes auf Erfüllung oder auf Schadenersatz, grundsätzlich nicht auf eine bestimmte kurze Frist beschränkt ist. Von diesem Grundsatze ist nur die Ausnahme zu machen, daß nach dem Prinzipe von Treu und Glauben im

Verkehre der eine, nicht säumige Teil (hier der Verkäufer) nicht doloser Weise die Geltendmachung eines Rechts beliebig lange hinausschieben und dadurch auf Kosten des andern Teils spekulieren darf, d. h. nicht eine solche Situation schaffen darf, daß er je nach der Lage des Marktes vom Vertrage zurücktreten oder auf Erfüllung desselben beharren will; vrgl. Staub, Comm. zum H.-G.-B., Art. 354 § 31 (3. u. 4. Aufl., S. 895), und die dort citierten Entscheidungen: R.-O.-H.-G., Bd. IX, S. 411; Bd. XIV, S. 395; Bd. XX, S. 335; Bd. XXIII, S. 64; Bolze, Praxis des R.-G. in Civilsachen, Bd. VIII, Nr. 350; Bd. XII, Nr. 247, und das bundesgerichtliche Urteil i. S. Agelasto gegen Wyrsch-Obermatt vom 1. März 1895 Erw. 7 i. f. In letzterm Urteile hat das Bundesgericht ausgesprochen, bei einem Lieferungskaufe von Waren, die erheblichen Kursschwankungen unterliegen, dürfe der Verkäufer, wenn der Käufer die Annahme verweigere, die Sache nicht einfach ruhen lassen, um dann gelegentlich nach Monaten wieder darauf zurückzukommen und so die Lieferungstermine beliebig hinauszuschieben. Allein es wäre zu weit gegangen, wenn man eine Pflicht des Verkäufers, den Käufer sofort in Verzug zu setzen, auch in den Fällen statuieren wollte, wo, wie hier, die Verweigerung der Vertragserfüllung eine offensichtlich ungerechtfertigte und dolose war; denn dies hieße in vielen Fällen geradezu die Arglist des Käufers begünstigen. Die Mahnung vom 8. Dezember 1893 kann um so weniger als verspätet angesehen werden, weil der Beklagte die Waren abzurufen hatte. Das Stillschweigen der Kläger vom 8. Dezember 1893 bis zum 26. Mai 1894 war allerdings wenig korrekt; es kann aber nach den Umständen des Falles keineswegs als Verzicht auf die Geltendmachung der Vertragsrechte angesehen werden. Der Beklagte unterliegt demnach auch in diesem Punkte und es ist somit festgestellt, daß er vertragsbrüchig gehandelt hat. Die Kläger waren zum mindesten berechtigt, ihm gemäß Art. 122. O.-R. eine Frist zur nachträglichen Erfüllung anzusetzen und nach unbenutztem Ablaufe derselben vom Vertrage zurückzutreten. Der nach Art. 124 O.-R. dem Zurücktretenden obliegende Beweis des Verschuldens des andern Teils ist hier ohne weiters nach den Akten hergestellt. Denn das wissentliche Nichthalten eines Vertrages schließt ein Verschulden in sich, wie das Bundes-

gericht i. S. Dreyfuss frères gegen Egli-Reimann & Cie. (Amtl. Samml. Bd. XIX, S. 932) und i. S. Bär & Cie. gegen Lloyd & Cie. vom 14. November 1896 ausgesprochen hat.

8. Danach ist die Schadenersatzklage gemäß Art. 110 ff. O.-R. im Prinzipe begründet. Es ist also noch das Quantitativ des zu ersetzenden Schadens zu bestimmen. Zur ersten Schadenersatzpost ist zu sagen: Der Preisrückgang der Ware zur Erfüllungszeit gegenüber dem vereinbarten Kaufpreise ist als unmittelbarer Schaden im Sinne des Art. 116 O.-R. anzusehen. Der Zeitpunkt für die Berechnung der Preisdifferenz ist auf den 21. Dezember 1894 festzusetzen, nicht auf den Termin, in dem ursprünglich hätte erfüllt werden sollen; denn bei Lieferungskäufen auf Abruf ist der Lieferungstermin als bis zum Momente, in dem der Käufer in Verzug gesetzt wird, auch nach dem hier einzig Anwendung findenden eidgenössischen Obligationenrechte, stillschweigend verlängert anzusehen (vrgl. bundesgerichtl. Entsch. i. S. Bär & Cie. gegen Lloyd & Cie.). Die Preisdifferenz am 21. Dezember 1894 gegenüber der vereinbarten Kaufsumme betrug pro 100 Kilos 9 Fr. 25 für SSS und 9 Fr. 50 für SSSF, somit für die 250 Ballen SSS zu 100 Kilos 2312 Fr. 50, für die 250 Ballen SSSF zu 100 Kilos 2375 Fr., zusammen also 4687 Fr. 50.

Ein entgangener Fabrikationsgewinn kann naturgemäß nicht noch speziell verlangt werden, da er im Schadenersatz für den Preisrückgang inbegriffen ist.

Auch die dritte Schadenersatzpost ist abzuweisen mangels jeglichen Nachweises für dieselbe.

Sonach ist die Klage gutzuheißen im Betrage von 4687 Fr. 50 Cts.; hievon sind die verlangten Zinsen zu 5 % seit 11. Januar 1895 als dem Tage der Einleitung der Klage zu bezahlen.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Beklagte ist verpflichtet, den Klägern 4687 Fr. 50 Cts. nebst Zins zu 5 % seit 11. Januar 1895 zu bezahlen; die Mehrforderung wird abgewiesen.

C. Entscheidungen der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer.

Arrêts de la Chambre des poursuites et des faillites.

53. Entscheid vom 16. Januar 1897 in Sachen Röthlisberger & Cie.

I. Anfangs Mai 1894 hatte Andreas Steiner aus München mit G. F. Labhart zum Seehof in Rorschach einen Mietvertrag abgeschlossen, wonach letzterer dem erstern seine Gasthofräumlichkeiten im Seehof gegen einen in drei Raten jeweilen zum voraus zahlbaren jährlichen Zins von 6000 Fr. auf sechs Jahre in Miete gab. Steiner bezog die Mietsache und entrichtete den Zins für das Mietjahr 1894/95, sowie die erste Quote per 1895/96. Die zweite auf 15. September 1896 fällige Quote jedoch konnte er nicht bezahlen, sondern erklärte sich am 16. September insolvent, und es wurde infolge dessen über ihn der Konkurs verhängt. In diesem machte der Vermieter Labhart eine Mietzinsforderung von 6000 Fr. geltend, erhielt jedoch nur Anweisung für 3000 Fr., die ihm — wie es scheint aus dem Erlöse von Retentionsgegenständen — in der Folge auch ausgerichtet wurden. Allerdings hatten zwei andere Gläubiger des Gemeinschuldners, Julius Wick, Oberkondukteur in München, und Josef Hierl, Metzgermeister daselbst, mit Prozeßeingabe vom 4. November 1895 die Kollokation des Labhart angefochten; sie waren jedoch von dem Prozesse zu-

rückgetreten, nachdem Labhart ihnen gegenüber erklärt hatte, daß er sich an der Zinsberechnung von 3000 Fr. anrechnen lasse:

„a. 30 Fr. für die unterm 30. Oktober a. c. stattgehabte Saal-„benutzung;

„b. denjenigen Mietzinsbetrag, den die Konkursmasse Steiner „dem Beklagten aus einer während der ersten Hälfte des laufen-„den Jahres (vom 15. September 1895 an gezählt) allfällig „stattfindenden Vermietung und Übergabe derselben Räumlichkeiten „zukommen läßt." Labhart hatte nämlich nach Ausbruch des Konkurses über seinen Mieter Steiner die Mietsräumlichkeiten zu einem besondern Anlaß einem Dritten hingeliehen und dafür einen Entgelt von 30 Fr. erhalten. Am 3. Dezember 1895 sodann schloß er mit Jakob Kästli und Gebhard Bürkler in Rorschach eine Übereinkunft, wonach er diesen die Räumlichkeiten im Seehof für die Abhaltung besonderer Anläße bis zum 28. Februar 1896 gegen eine Entschädigung von 800 Fr. zur Benützung überließ. Auf diesen Betrag erhob nun J. Wick gemäß der von Labhart im Einspruchsprozesse abgegebenen Erklärung Anspruch und klagte denselben mit Prozeßeingabe vom 10. Juni 1896 gerichtlich ein. In unterer und laut Urteil vom 6. November 1896 auch in oberer Instanz wurde seine Klage gutgeheißen, indem angenommen wurde, die 800 Fr. seien ein den Gläubigern Wick und Hierl aus ihrer Anfechtung des Kollokationsplanes erwachsener Prozeßgewinn, der in erster Linie den Einspruchsklägern bezw. — da Hierl für seine Forderung befriedigt sei — dem Wick zufalle. Diese Auffassung, wurde im oberinstanzlichen Urteil beigefügt, habe offenbar auch die Konkursverwaltung geteilt, der einerseits vermöge der Stellung des Konkursbeamten als Gerichtsschreiber von Rorschach der am 29. November 1895 vollzogenen Rückzug der Kollokationsklage, und anderseits nach allen Thatumständen die Vermietung des Seehofes an Kästli und Bürkler bekannt gewesen sei und welche trotzdem weder bei der Aufstellung der Verteilungsliste, noch bei der Auszahlung der Konkursdividende an Labhart im Februar 1896 den Betrag von 800 Fr. und 30 Fr. in Abrechnung gebracht, noch auch seither jemals für die Masse reklamiert habe; wonach denn auch die Einrede des Labhart, die 800 Fr. bildeten ein nachträglich eingegangenes Massaaktivum, das nach

Art. 269 bezw. 260 des Betreibungsgesetzes zu behandeln und für die ganze Masse zu liquidieren sei, sich als unstichhaltig erweise.

II. Am 14. November 1896 stellte Johann Hanimann-Ebneter in Rorschach, namens der Firma Röthlisberger & Cie. in Bern, des J. Brugger in Berlingen, des F. Stauder, Metzgers in Rorschach und von A. Wittas Erben daselbst an das dortige Konkursamt das Ansuchen, es möchten die 800 Fr., die Labhart von seinen Mietern Bürkler und Kästli bezogen hatte, als Eigentum der Konkursmasse des Andreas Steiner herausverlangt, eventuell es möchte ihnen der Anspruch gemäß Art. 260 des Betreibungsgesetzes abgetreten werden. Mit diesem Gesuche wurden jedoch die Petenten abgewiesen, mit der Begründung, daß der betreffende Betrag durch Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen dem J. Wick in München zuerkannt sei, und daß derselbe deshalb nicht als neues Vermögensobjekt gemäß Art. 269 des Betreibungsgesetzes zur Masse gezogen werden könne. Hiegegen beschwerte sich Johann Hanimann, namens der genannten Gläubiger, bei der untern und, nachdem er von dieser abgewiesen worden war, bei der obern kantonalen Aufsichtsbehörde, erhielt aber auch von dieser gemäß Zuschrift vom 30. November 1896 abschlägigen Bescheid: Die Beschwerde des Stauder und von Wittas Erben sei schon wegen Verspätung nicht zu hören, da diese Gläubiger, die in Rorschach wohnten, vom Mietvertrage zwischen Labhart und Kästli und Bürkler vom 3. Dezember 1895, sowie von den im Winter 1895/96 im Seehof stattgehabten Anlässen Kenntnis und deshalb jedenfalls vor Anfang November 1896 Anlaß gehabt hätten, das Begehren auf Inmassaziehung der 800 Fr. zu stellen. Die Beschwerde erscheine aber überhaupt auch als materiell unbegründet, weil durch das kantonsgerichtliche Urteil vom 6. November 1896 der Eigentumsanspruch des J. Wick als begründet erklärt und die Einrede, es bilden die 800 Fr. ein nachträglich entdecktes Massaaktivum, verworfen worden sei, und weil diese Begründung auch von der Aufsichtsbehörde als zutreffend und ausschlaggebend betrachtet werde. Überdies sei darauf hinzuweisen, daß die Frage, ob ein Gegenstand ein Massaaktivum sei oder nicht, an und für sich eine civilrechtliche sei und deshalb im Falle der Bestreitung nicht

von der Aufsichtsbehörde, sondern durch den Richter zu entscheiden sei. Die Beschwerdeführer müßten deshalb ihren Anspruch gerichtlich geltend machen, so daß auch von diesem Gesichtspunkte aus ihre Beschwerde abgewiesen werden müsse.

III. Gegen diesen Entscheid hat J. Hanimann, namens der mehrgenannten Gläubiger, rechtzeitig an das Bundesgericht rekurriert und das Begehren gestellt: „Es seien die fraglichen 800 Fr. „nicht als Prozeßerfolg aus dem am 4. November 1895 durch „die Kläger Wick und Hierl begonnenen und am 29. gleichen „Monates fallen gelassenen Kollokationsstreites anzusehen und „habe die Konkursverwaltung (bezw. das Konkursamt) Rorschach „diese Summe nachträglich herauszufordern gemäß Art. 269 B.-G. „und unter die Steinerschen Konkursgläubiger insgesamt zu ver„teilen, eventuell diese letztern auf Kosten der Petenten (Rekurren„ten) durch Cirkulare oder öffentliche Bekanntmachung zu einer „Beschlußversammlung über diese 800 Fr. zu veranlassen, even„tualissime den Anspruch darauf an die Rekurrenten im Sinne „von Art. 260 B.-G. abzutreten." Die Kompetenz betreffend wird bemerkt, daß die Frage, was nach durchgeführtem Kollokationsprozesse als Prozeßgewinn zu betrachten und wie die vorhandenen Aktiven zu verteilen seien, durch die Vollstreckungs- bezw. Aufsichtsbehörden zu entscheiden sei. So hätten vorliegend auch diese und nicht die Gerichte darüber zu erkennen, ob die 800 Fr. wirklich als Prozeßgewinn der anfechtenden Gläubiger zu betrachten, oder ob sie nicht unter die Gläubiger des Konkurses insgesamt zu verteilen, bezw. an die dafür sich anmeldenden Gläubiger abzutreten seien. In der Sache sodann wird zur Begründung der letztern Auffassung davon ausgegangen, daß dem Vermieter Labhart für die Zeit, für die ihm der Mietzins aus der Konkursmasse Steiner entrichtet worden sei, d. h. für ein halbes Jahr vom 15. September 1895 an, kein Recht zugestanden sei, über die Mietsräumlichkeiten zu verfügen, daß vielmehr die Konkursmasse an Stelle des Kridars in dessen Rechte eingetreten sei, und daß deshalb auch ihr ausschließlich die Befugnisse zugestanden seien, die Mietssache weiter zu begeben. Demgemäß habe sie ein Recht auf die Erträgnisse der Liegenschaft während des betreffenden halben Jahres, und es bilde der im Streite liegende Mietzins ein Konkursaktivum, dessen rechtzeitige Heranziehung zur Liquidation

Steiner von der Konkursverwaltung übersehen worden und deshalb nachträglich zu vollziehen sei. Labhart habe demnach auch nicht etwa zu Gunsten einzelner Gläubiger auf den betreffenden Ertrag verzichten können, und ebensowenig liege ein Verzicht der Masse vor, da die Konkursverwaltung die Thatsache der Vermietung des Seehofes den Konkursgläubigern nicht zur Kenntnis gebracht habe. Speziell gegenüber der Begründung des angefochtenen Entscheides wird bemerkt:

a. Betreffs Verspätung: Weder das Recht zur nachträglichen Admassierung von Konkursaktiven gemäß Art. 269 des Betreibungsgesetzes, noch das Recht des einzelnen Gläubigers, deren Abtretung zu verlangen, sei an eine gesetzliche Verwirkungsfrist gebunden.

b. Betreffend den Prozeß Wick gegen Labhart: Das Urteil vom 6. November 1896 habe nur Recht zwischen Parteien geschaffen und berühre die Rechte der Konkursmasse nicht. Ob ferner der behauptete Anspruch bestehe, gehe das Konkursamt nichts an; es stehe jedem Konkursgläubiger frei, sich einen bloß in seiner Einbildung bestehenden Anspruch der Masse abtreten zu lassen. Übrigens sei das kantonsgerichtliche Urteil von inkompetenter Stelle erlassen und sachlich unrichtig, was in einem allfälligen Prozesse der Rekurrenten gegen Labhart geltend gemacht werden würde.

Für den Rekursgegner J. Wick schließt in einer Vernehmlassung vom 17. Dezember 1896 Dr. Holenstein in St. Gallen auf Abweisung des Rekurses von Röthlisberger & Cie. und Mithaften, indem er hauptsächlich darauf abstellt, daß die streitigen 800 Fr. als ein durch die Kollokationsklage dem Massagläubiger Labhart abgerungener Prozeßgewinn zu betrachten seien, und daß die Rekurrenten, die von der Weitervermietung und Benützung des Seehofes im Winter 1895/96 Kenntniß gehabt hätten, während der Dauer des Konkurses gegen diese Art und Weise der Vermögensverwaltung hätten Beschwerde führen sollen und nicht erst lange nach der Konkurserledigung.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht

in Erwägung:

1. Wenn die Vorinstanz glaubt, es sei die Beschwerde der Rekurrenten schon deshalb von den Aufsichtsbehörden nicht zu hören, weil es in die Kompetenz der Gerichte falle, darüber zu entschei-

den, ob ein Gegenstand ein Massaaktivum bilde oder nicht, so ist allerdings richtig, daß das Urteil darüber, ob der Masse ein Anspruch zustehe oder nicht, falls dieser bestritten wird, Gerichtssache ist. Allein nicht diese Frage steht heute zum Entscheide. Sondern es handelt sich vorerst darum, ob der Konkursbeamte als Vertreter der Masse ein Aktivum für diese ansprechen, bezw. eine Forderung für diese geltend machen oder den Rekurrenten als Konkursgläubigern abtreten solle oder nicht. Danach hat man es anderseits auch nicht etwa, wie die Rekurrenten annehmen, mit einer Überprüfung der auf Grund des ursprünglichen oder abgeänderten Kollokationsplanes vorzunehmenden Verteilung der vorhandenen Aktiven zu thun; vielmehr fragt es sich, ob ein bis jetzt noch nicht zur Masse gezogenes Vermögensstück für dieselbe beansprucht werden soll. Der Entscheid darüber aber, ob der Konkursbeamte im Interesse der sämtlichen oder der rekurrierenden Gläubiger in diesem Sinne thätig zu werden habe, steht zweifellos den Aufsichtsbehörden zu; und zwar bildet die Entscheidungsnorm, da der Konkurs Steiner geschlossen ist, Art. 269 des Betreibungsgesetzes, der die Behandlung neu entdeckter, zur Masse gehörender Vermögensstücke regelt. Erst wenn der Konkursbeamte von sich aus oder auf Weisung der Aufsichtsbehörde solche Vermögensstücke zur Masse gezogen hat, kann demjenigen gegenüber, der die Ansprüche derselben bestreitet, die Frage entstehen, ob man es mit einem Massaaktivum zu thun habe oder nicht, eine Frage, die dann allerdings durch die Gerichte zu entscheiden wäre, die aber diesen von den Rekurrenten erst vorgelegt werden könnte, wenn sie, worauf das gegenwärtige Verfahren abzielt, in die bezüglichen Rechte der Masse eingewiesen worden wären.

2. Ebensowenig kann in der Weise das kantonsgerichtliche Urteil vom 6. November 1896, das sich in gewissem Sinne über die Berechtigung auf den Ertrag des Mietsobjektes im Winter 1895/96 im Belaufe von 800 Fr. ausgesprochen hat, den Rekurrenten entgegengehalten werden, daß gesagt wird, es seien dadurch die 800 Fr. dem Rekursgegner Wick zuerkannt worden. Denn jenes Urteil schuf nur zwischen den Prozeßparteien Recht, und der Masse Steiner oder ihren Rechtsnachfolgern bleibt es unbenommen, die 800 Fr. für sich zu beanspruchen, bezw. den näm-

lichen Betrag auch ihrerseits von Labhart einzufordern, falls sie nach den Vorschriften des Konkursrechtes dazu legitimiert erscheinen. Ob dem Antrage der Rekurrenten zu entsprechen sei, hängt somit einzig davon ab, ob die Voraussetzungen des Art. 269 des Betreibungsgesetzes vorliegen, ob also der Anspruch an Labhart auf Auszahlung der 800 Fr. wirklich ein neu entdecktes Vermögensstück sei, das zur Masse gehört hätte, aber nicht zu derselben gezogen worden ist, wobei von vornherein Übereinstimmung darüber herrscht, daß man es jedenfalls mit einem zweifelhaften Anspruch im Sinne des Absatzes 3 des Art. 269 zu thun hat.

3. Ob nun der Masse durch Eintritt in den Mietvertrag des Schuldners ein von diesem abgeleitetes oder durch Kollokation und Ausweisung des Mietzinses für ein halbes Jahr, vom 15. September 1895 an, ein selbständiges Recht auf Benützung der von Labhart gemieteten Räumlichkeiten entstanden und ob und unter welchem Rechtstitel sie demgemäß befugt wäre, den Betrag von 800 Fr., den Labhart als Gegenwert für die Überlassung der Mietsache während jener Zeit bezogen hat, für sich zu beanspruchen, kann dahingestellt bleiben. Denn wenn auch diese Fragen zu bejahen wären, und somit angenommen werden müßte, daß die Masse es unterlassen habe, ein Aktivum, das ihr eigentlich zugestanden wäre, an sich zu ziehen, so geht es doch nicht an, dies nun nachträglich, nach Schluß des Verfahrens anzuordnen. Die in Art. 269 des Betreibungsgesetzes vorgesehene nachträgliche Liquidation von Konkursaktiven ist ein ausnahmsweises Verfahren, das nur in Anwendung zu kommen hat, wenn es sich um Vermögensstücke handelt, die erst nach Schluß des Konkursverfahrens entdeckt worden sind. Auf Aktiven dagegen, die schon während der Dauer des Konkurses vorhanden waren und von deren Bestehen sowohl die Konkursverwaltung, als die Konkursgläubiger Kenntnis hatten oder haben konnten, treffen die Vorschriften in Art. 269 des Betreibungsgesetzes nicht zu. Solche Vermögensstücke können, aus welchem Grunde immer es unterlassen worden sein mag, sie zur Masse zu ziehen, nicht in dem daselbst normierten, besondern Verfahren nachträglich liquidiert werden. Vorliegend waren nun aber der Konkursverwaltung alle die Umstände bekannt, die ein Recht der Masse auf die Erträgnisse des Mietsobjektes zu be-

gründen vermochten, und insbesondere war sie in der Lage, schon vor Schluß des Konkurses einen allfälligen Anspruch auf Aushändigung der von Labhart bezogenen 800 Fr. als Aktivum einzustellen. Ebenso lagen diese Verhältnisse für die einzelnen Konkursgläubiger offen. Der fragliche Anspruch stellt sich somit nicht als neu entdecktes Vermögensobjekt dar und es muß deshalb das Begehren der Rekurrenten in Übereinstimmung mit den Vorinstanzen abgewiesen werden, ohne daß des nähern auf die Ausführungen derselben eingetreten zu werden braucht.

Aus diesen Gründen hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer

erkannt:

Der Rekurs wird abgewiesen.

---

54. Entscheid vom 16. Januar 1897 in Sachen Kaiser.

I. Im Konkurse des Jakob Sutter, des unbeschränkt haftenden Mitgliedes der Kommanditgesellschaft Sutter & Cie., Buchdruckerei und Zeitungsverlag in Büren, machte Buchdrucker A. Zehnder in Wil mit Eingabe vom 15. Juni 1896 eine Forderung von 3412 Fr. nebst Zins seit 1. März 1896 geltend. Diese bildete die Restanz des Kaufpreises für eine Druckereieinrichtung, die Sutter von Zehnder am 1. März 1893 gekauft hatte. Der Verkäufer hatte sich an der Kaufsache bis zur Abzahlung des Kaufpreises das Eigentum vorbehalten, und in der Konkurseingabe wurde dieses Recht ausdrücklich gewahrt. Für den Kaufpreis hatte sich Franz Kaiser, Posthalter in Lohn, als Bürge und Selbstzahler verpflichtet; in dieser Eigenschaft führte er, nachdem er bereits im Jahre 1894 an Zehnder 687 Fr. 95 Cts. abbezahlt hatte, während des Konkurses einen fernern Betrag von 300 Fr. ab, und es reduzierte hierauf der Verkäufer seine Ansprache auf 3158 Fr. 50 Cts.

II. Die Druckereieinrichtung des Sutter wurde trotz des von Zehnder darauf erhobenen Eigentumsanspruches am 6. Juli 1896 an eine Steigerung gebracht. In den Gedingen war jedoch ausdrücklich bemerkt, daß eine definitive Hingabe nicht erfolgen könne.

Diese Bedingung war darauf zurückzuführen, daß der Konkursverwalter — wie die kantonale Aufsichtsbehörde annimmt, infolge Vereinbarung mit Zehnder — die Hingabe nur dann auszusprechen beabsichtigte, wenn das Angebot die restanzliche Kaufpreisforderung des Verkäufers erreichen würde. An der Steigerung machte das höchste Angebot mit 2800 Fr. der Bürge Franz Kaiser. Ein Zuschlag erfolgte jedoch nicht, und der Konkursverwalter weigerte sich, auch nachdem Kaiser weitere 350 Fr. an Zehnder abbezahlt und dieser unter gewissen Bedingungen zur Hingabe an den Ersteigerer für 2800 Fr. seine Einwilligung erteilt hatte, demselben die Druckereieinrichtung zuzuweisen. Vielmehr hatte er bereits am 7. Juli die fraglichen Gegenstände aus freier Hand um 3850 Fr. an den Buchdrucker W. F. Rüegg in Büren verkauft. Wegen dieser Maßnahme, sowie wegen der Nichthingabe der Druckereieinrichtung an ihn selbst führte nun mit Eingabe vom 16./17. Juli 1896 Franz Kaiser Beschwerde bei der untern Aufsichtsbehörde mit den Anträgen: „1. Der Konkursverwalter sei „anzuweisen, den Beschwerdeführer Kaiser als Ersteigerer und „Eigentümer der Druckerei anzuerkennen. 2. Es seien alle seine gegenteiligen Verfügungen als gesetzwidrig und nichtig aufzuhe„ben." Diese Anträge wiederholte Kaiser, nachdem er von der untern Aufsichtsbehörde, dem Gerichtspräsidenten von Büren, abgewiesen worden war, in so zu sagen gleicher Fassung vor der kantonalen Aufsichtsbehörde mit dem Zusatz, „es sei die Drucke„rei, wenn sie dem Kaiser nicht hingegeben werde, nochmals an „eine Steigerung zu bringen." Die kantonale Aufsichtsbehörde ergänzte zunächst die Erhebungen des Gerichtspräsidenten von Büren hinsichtlich der Thatsachen, die bei Beantwortung der Frage in Betracht fielen, ob die betreffenden Gegenstände dem Beschwerdeführer Kaiser nach der Steigerung vom 6. Juli 1896 hätten zugeschlagen werden sollen, und beauftragte sodann mit Schreiben vom 28. November 1896 den Gerichtspräsidenten von Büren, den Verwalter im Konkurse Sutter anzuweisen, sofort eine Gläubigerversammlung einzuberufen und derselben die Frage vorzulegen, ob sie mit dem von ihm am 7. Juli 1896 vorgenommenen Verkauf der Druckerei aus freier Hand an W. F. Rüegg, Buchdrucker in Büren um 3850 Fr. einverstanden sei oder nicht.

III. Gegen diese Verfügung hat namens des Franz Kaiser Notar Bandi in Büren mit Eingabe vom 17./18. Dezember 1896 an das Bundesgericht rekurriert, mit folgender wesentlicher Begründung: Es stehe der kantonalen Aufsichtsbehörde, die hier als Richter fungiere, nicht zu, durch amtliche Verfügungen die Gelegenheit zu schaffen, daß Mängel einer konkursamtlichen Verhandlung, die eben den Gegenstand einer Beschwerde bildeten, gehoben werden. Die Aufsichtsbehörde sei zum Entscheid darüber angerufen worden, ob der freihändige Verkauf nicht deshalb hinfällig sei, weil die Gläubiger darüber nicht Beschluß gefaßt hätten; und nun könne sie nicht, indem sie von sich aus die gerügten Mängel hebe, die Beschwerde zu einer gegenstandslosen machen. Zudem gehe es, wie sich aus Art. 238 und 256 des Betreibungsgesetzes ergebe, nicht an, daß nachträglich die Gläubigerversammlung über einen vollzogenen freihändigen Verkauf befragt werde, es hätte dies vielmehr vor der Verwertung geschehen müssen. Es habe somit die Aufsichtsbehörde durch die Verfügung vom 28. November 1896 ihre Aufgabe überschritten und gleichzeitig positiven Gesetzesvorschriften, namentlich denjenigen über Verwaltung und Verwertung der Konkursmasse, zuwidergehandelt. Demgemäß wird beantragt: „es „möchten „diese Verfügungen" der bernischen kantonalen Aufsichts„behörde aufgehoben werden." Beigefügt ist, daß Rekurrent von „diesen Verfügungen" durch die Einladung zur Gläubigerversammlung, die ihm am 9. Dezember zugegangen sei, Kenntnis erhalten habe, und daß er seinen Standpunkt, wonach er der Ersteigerer der Druckerei sei, keineswegs preisgebe. Inzwischen hatte am 15. Dezember 1896, gemäß der Weisung der kantonalen Aufsichtsbehörde eine Gläubigerversammlung stattgefunden und es war von derselben der Kaufvertrag zwischen dem Konkursverwalter und W. F. Rüegg vom 7. Juli 1896 genehmigt worden. Durch Entscheid vom 30. Dezember 1896 hob hierauf die kantonale Aufsichtsbehörde denjenigen der untern Aufsichtsbehörde, vom 17. August 1896, von Amtes wegen auf, weil dieselbe zur Behandlung der Sache nicht kompetent gewesen sei, wies dann aber von sich aus die Beschwerde des Kaiser betreffend Nichthingabe der Druckereieinrichtung an der Steigerung vom 6. Juli 1896 und betreffend den Verkauf derselben aus freier Hand ab, letzteres immerhin nicht, ohne daß dem Konkursverwalter das Inkorrekte sei-

nes Vorgehens vorgehalten wurde, das die Behörde darin erblickte, daß nicht vor Abschluß des Kaufvertrages die Gläubigerversammlung darüber befragt worden sei. Speziell den freihändigen Verkauf betreffend wurde ausgeführt, daß derselbe nicht absolut nichtig gewesen sei, und daß der Mangel, der ihm anhaftete, nach allgemeinem Rechtsgrundsatze durch nachträgliche Genehmigung des Geschäfts seitens der Gläubigerversammlung habe gehoben werden können. Ob nun die Aufsichtsbehörde den mangelhaften Kauf einfach aufheben oder aber es einer einzuberufenden Gläubigerversammlung überlassen solle, ob sie denselben genehmigen wolle oder nicht, sei eine Frage der Angemessenheit, bei deren Lösung das Interesse der Gläubiger den Ausschlag geben müsse. Vorliegend sei es im Interesse nicht nur des Zehnder, sondern auch der übrigen Konkursgläubiger gelegen, daß der Kaufvertrag mit Rüegg aufrecht erhalten bleibe, was dann des nähern entwickelt wird. Von solchen Erwägungen geleitet, sei die Verfügung vom 28. November erlassen worden, die dann zur Genehmigung des Kaufvertrages durch die Gläubigerversammlung geführt habe. — In ihrer Vernehmlassung vom 30. Dezember hat sich die kantonale Aufsichtsbehörde begnügt, auf die — teilweise eben wiedergegebenen — Erörterungen in ihrem Entscheide vom gleichen Tage zu verweisen.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung:

1. Der Rekurs richtet sich einzig gegen die Verfügung der kantonalen Aufsichtsbehörde vom 28. November 1896, die sich auf den vom Konkursverwalter vorgenommenen freihändigen Verkauf der Druckereieinrichtung an W. F. Rüegg bezog und darauf abzielte, der Gläubigerversammlung Gelegenheit zu geben, den Mangel, an dem nach Ansicht der Aufsichtsbehörde dieser Kaufvertrag litt, zu heben. Daß es sich zur Zeit lediglich um diese Verfügung handelt, ergibt sich nicht nur daraus, daß der Rekurrent den eigentlichen Beschwerdeentscheid nicht abwartete, sondern geht auch aus der Rekursbegründung, und dann namentlich aus der Bemerkung hervor, daß Rekurrent seinen Standpunkt, daß er Ersteigerer der betreffenden Gegenstände geworden sei, nicht preisgebe. Bei dieser Sachlage ist anzunehmen, daß es bloß auf einer ungenauen Ausdrucksweise beruht, wenn im Rekursantrage gesagt wird, es seien „diese Verfügungen" (in der Mehrzahl) aufzuheben.

2. Daß von der angefochtenen Weisung der Aufsichtsbehörde der Rekurrent erst durch die Einladung zur Gläubigerversammlung Kenntnis erhalten habe, ist nach der Art, wie in der Sache verfahren wurde, durchaus wahrscheinlich; ebenso erscheint die genauere Angabe des Datums — 9. Dezember — glaubwürdig. Da ferner auch die kantonale Aufsichtsbehörde gegen die die rechtzeitige Erhebung des Rekurses betreffenden Anbringen des Rekurrenten keinerlei Einspruch erhoben hat, so darf denselben unbedenklich Glauben beigemessen werden, und es ist deshalb auf den Rekurs materiell einzutreten.

3. Die Verfügung der kantonalen Aufsichtsbehörde vom 28. November wird zunächst aus dem formellen Gesichtspunkte angefochten, daß es dieser Behörde lediglich zugestanden sei, über die bestrittene Frage der Gültigkeit des freihändigen Verkaufs nach der Sachlage, wie sie sich im Zeitpunkte der Beschwerdeerhebung darbot, zu entscheiden, und daß dieselbe dadurch, daß sie selbst in das Verfahren eingegriffen und damit eine neue Situation geschaffen habe, bei der die Beschwerde nunmehr gegenstandslos erscheine, über die Schranken ihrer Kompetenz hinausgegangen sei. Diese Ansicht beruht jedoch auf einer unrichtigen Auffassung über die Stellung und die Aufgabe der Aufsichtsbehörden überhaupt. Diese sind nicht bloß dazu eingesetzt, um über die ihnen auf dem Beschwerdewege vorgelegten Fragen des Betreibungs- und Konkursrechtes ihren Bescheid abzugeben, sondern sie sind auch dazu berufen, über die Geschäftsführung der Vollstreckungsorgane hinsichtlich der Gesetzmäßigkeit und Angemessenheit im allgemeinen, wie in besondern Fällen, eine Aufsicht auszuüben (vergl. Art. 13 und 15 des Betreibungsgesetzes). Diese Aufsichtsbefugnis, für deren Ausübung im Einzelfalle gewöhnlich ebenfalls die Beschwerde eines Beteiligten den Anlaß bilden wird, bringt es mit sich, daß die Behörde auch selbstthätig in das Verfahren eingreifen und dasjenige anordnen kann, was ihrer Ansicht nach durch die in erster Linie zu amtlicher Thätigkeit im Betreibungs- und Konkurswesen berufenen Beamten oder Behörden hätte angeordnet werden sollen. Bei Ausübung dieser Befugnis aber sind die Aufsichtsbehörden naturgemäß nicht unbedingt an die Begehren der beschwerdeführenden Partei gebunden; sondern es werden überhaupt diejenigen Maßnahmen als die richtigen sich darstellen, durch die

ein ungesetzliches Verfahren wieder in die gesetzliche Bahn geleitet wird, oder, wenn die Gesetzmäßigkeit nicht in Frage steht, diejenigen, durch welche die Interessen aller Beteiligten am besten gewahrt werden. Ohne eine solche Kompetenz wäre die Kontrolle, die die Aufsichtsbehörden über die Vollstreckungsorgane zu üben haben, nicht nur eine schwerfälligere, sondern auch in vielen Fällen eine unwirksame, während doch die Art, wie im Betreibungsgesetz die Aufsicht organisiert und das Verfahren geordnet ist, leicht den Zweck erkennen läßt, daß durch diese Kontrolle möglichst rasch und in zweckmäßigster Weise ungesetzlichen oder unangemessenen Verfügungen der untern Organe soll entgegengetreten werden können. Hiefür spricht namentlich auch die Fassung von Art. 21 des Betreibungsgesetzes, wo den kantonalen Aufsichtsbehörden nicht nur die Befugnis zum Abspruch über die Begründetheit einer Beschwerde, sondern auch die Kompetenz eingeräumt ist, von sich aus diejenigen Verfügungen zu treffen, die ihrer Ansicht nach dem Gesetze und der Sachlage entsprechen. Demgemäß ist aber vorliegend die kantonale Aufsichtsbehörde über den Rahmen ihrer Kompetenz nicht hinausgegangen, wenn sie sich nicht damit begnügte, auszusprechen, daß der Konkursverwalter inkorrekter Weise, ohne zuvor die Gläubiger zu befragen, zum Verkauf der betreffenden Druckereieinrichtung aus freier Hand geschritten sei, sondern weiter ging und eine Anordnung traf, die sie für geeignet hielt, die Gültigkeit des abgeschlossenen Kaufvertrages herbeizuführen, dessen Aufrechterhaltung nach ihrer Ansicht im Interesse der sämtlichen Konkursgläubiger lag (vergl. hiezu den Entscheid des Bundesrates i. S. Thaler, Archiv III, Nr. 127).

4. Freilich könnte nun die Verfügung vom 28. November nicht geschützt werden, wenn sie, wie der Rekurrent weiter behauptet, materiell gegen das Gesetz verstoßen würde, was angenommen werden müßte, wenn wirklich eine nachträgliche Genehmigung des freihändigen Verkaufes, worauf ja die Verfügung abzielt, gesetzwidrig wäre. Allein auch hievon kann keine Rede sein. Freilich ist die Beschlußfassung über einen freihändigen Verkauf von Gegenständen, die in die Konkursmasse fallen, für die Regel (vergl. Art. 243 des Betreibungsgesetzes) der Gläubigerversammlung vorbehalten (Art. 238 und 256 des Betreibungsgesetzes), und liegt es ferner schon im Interesse eines geordneten Verfahrens, daß die

Beschlußfassung der Veräußerung vorangehe. Immerhin ist weder vom Standpunkt des Erwerbers, noch von demjenigen der beim Konkurse selbst interessierten Personen aus abzusehen, weshalb nicht die für die Gültigkeit eines freihändigen Verkaufes erforderliche Zustimmung der Gläubiger nicht auch nachträglich sollte erteilt werden können. Der Grundsatz der Souveränität der Gläubigerversammlung, der auf diesem Gebiete des Konkursverfahrens in so weitgehendem Maße im Gesetze anerkannt ist (vergl. außer den citierten Art. 238 und 256 die Art. 253 und 255 des Betreibungsgesetzes, sowie ferner die Anmerkung 2 zu Art. 253 im Kommentar von Weber und Brüstlein), würde durch die Verneinung der Frage in unnötiger Weise durchbrochen. Auch darf doch die Voreiligkeit des Konkursverwalters im Abschlusse eines freihändigen Kaufvertrages nicht in der Weise zum Nachteil der Gläubiger ausschlagen, daß diese nun nicht den Kauf, wenn er für sie günstig erscheint, genehmigen und damit den Mangel heben könnten, der vom konkursrechtlichen Standpunkte aus dem Vertrage anhaftete. Somit ist auch materiell die angefochtene Verfügung vom 28. November 1896 nicht gesetzwidrig; im Gegenteil bezweckte sie gerade, ein gesetzliches Erfordernis für die Gültigkeit des freihändigen Verkaufes nachträglich zu erfüllen, und es muß deshalb der gegen jene Verfügung gerichtete Rekurs auch in dieser Richtung als unbegründet abgewiesen werden.

Demnach hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer

erkannt:

Der Rekurs wird abgewiesen.

---

55. *Arrêt du 16 janvier 1897, dans la cause Menoud.*

I. — Le 28 décembre 1896, l'avocat Girod, à Fribourg, a remis au président de la Commission cantonale de surveillance le billet suivant : « Au nom de M. Menoud F.-X., à Fribourg, j'ai l'honneur de venir vous demander l'annulation du commandement de payer n°... pour arriver au paiement de 10 000 francs par le motif que le billet de change n'ayant

pas été prorogé comme le veut l'art. 803, il n'y avait pas lieu à poursuite pour effet de change.

Au pied de ce document se trouve la mention : « Reçu le vingt-huit décembre, à 5 h. 58 du soir, sur la voie publique, » et la signature du président.

II. — Dans un recours non daté, Girod a confirmé sa déclaration du 28 décembre. « Je prends la liberté, écrit-il au président, de vous adresser le commandement de payer que vous m'avez demandé, notifié par MM. Heim et Heller à Nuremberg, sous le n° 14 080 et pour arriver au paiement d'une somme de 10 141 francs selon soi-disant billet de change du 15 mars 1894. » Le recourant soutient qu'un billet de change, pour être valable, doit contenir l'indication de l'époque du paiement ou, s'il a été prorogé, celle de la prorogation (art. 825, 4°; 722, 4° CO. — Voir Schneider & Fick, *Commentaire*, ad art. 803); que, dans le cas particulier, le billet a été prorogé sans que la prorogation y ait été mentionnée; que le dit billet est ainsi devenu une créance ordinaire et que c'est à tort que le préposé a suivi le mode de poursuite prévu pour effets de change.

Le secrétaire de la Commission de surveillance a noté au bas de ce recours : « Timbre postal de Fribourg, 28 déc. 1896, 10 h. du soir. — Reçu le 29 dit, à 2 h. du soir. » — Une enveloppe qui se trouve au dossier porte l'adresse du président de la Commission de surveillance et le timbre postal : Fribourg, 28. XII. 96. — 10.

Dans son rapport à la Commission de surveillance, le préposé a déclaré que la lettre de change qui lui avait été présentée remplissait les conditions de forme exigées par la loi.

III. — L'autorité cantonale de surveillance écarta le recours pour cause de tardivité en considérant que le commandement de payer avait été notifié le 22 décembre; que le dernier jour utile était donc le 27 (art. 20 LP.); mais que, le 27 étant un dimanche, le délai expirait seulement le lundi, 28 décembre, à 6 heures du soir (art. 31 LP., al. 3 et 4); que toutefois, en fait, la remise à la poste (art. 32 LP.) n'avait eu lieu qu'à 10 heures du soir.

IV. — L'avocat Girod, au nom de François-Xavier Menoud

et de Paul Menoud, a demandé en temps utile au Tribunal fédéral d'annuler ce prononcé. « Il résulte, dit-il, de la décision attaquée que c'est bien le 28 que nous avons nanti la Commission de surveillance de la plainte. » Quant au fond, le recourant développe les moyens dont il s'est déjà prévalu devant l'autorité cantonale. Il ajoute que ses clients Burgy et Menoud ont présenté ces mêmes moyens devant le juge, par voie d'opposition, et que le juge a remis sa décision au 16 janvier.

Dans sa réponse, la Commission de surveillance confirme son prononcé. Elle ajoute qu'elle n'a tenu aucun compte du billet remis à son président à 5 h. 58 du soir, dans la rue, sans adresse, sans indication du numéro de la poursuite, ni du nom des créanciers et sans aucune pièce justificative, en particulier sans le commandement de payer dont l'annulation était demandée. La Commission déclare que d'ailleurs elle aurait, quant au fond, écarté le recours comme mal fondé.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1. — Il y a lieu de confirmer, dans ses considérants et dans son dispositif, la décision par laquelle l'autorité cantonale de surveillance a déclaré tardif le recours non daté, remis à la poste le 28 décembre 1896, à 10 heures du soir (art. 20, 31, al. 3 et 4, et 32 LP.).

Quant au billet remis par l'avocat des recourants, sur la voie publique, au président de la commission de surveillance. deux minutes avant l'échéance du délai, il ne saurait valoir comme recours. Il ne déterminait, en effet, pas d'une manière suffisante la poursuite dont l'annulation est requise et n'était d'ailleurs accompagné d'aucun document complémentaire.

2. — Au demeurant, si même l'autorité cantonale n'eût pas déclaré le recours tardif, elle aurait dû refuser d'entrer en matière pour cause d'incompétence.

Le moyen que font valoir les recourants n'est, en effet, pas parmi ceux qui ressortent à l'appréciation des autorités de poursuite.

L'art. 178 LP. dispose : « Après avoir constaté l'existence des conditions ci-dessus, l'office notifie immédiatement le commandement de payer. » Or il résulte de l'art. 177 que les

conditions auxquelles le créancier peut requérir la poursuite pour effets de change sont au nombre de deux. Il faut : 1° que le créancier agisse en vertu d'un effet de change ou d'un chèque; 2° que le débiteur soit sujet à la poursuite par voie de faillite. L'office ne peut refuser d'ouvrir la poursuite pour effet de change que si l'une de ces conditions fait défaut. Mais si, une fois le commandement de payer pour effet de change notifié, le débiteur soulève une exception tirée du change, c'est au juge à statuer sur sa recevabilité (art. 182, 3° LP.). Le juge étant compétent, l'autorité de surveillance ne saurait l'être également (art. 178, 3°). Quant à l'exception fondée sur la violation de règles essentielles de procédure, elle était aussi, dans le projet issu du premier débat de l'Assemblée fédérale, au nombre des moyens d'opposition soumis à l'appréciation de l'autorité judiciaire ; cette dernière se trouvait ainsi seule appelée à statuer sur les exceptions en matière de poursuite pour effets de change. Toutefois, dans le texte définitif de la loi, l'exception tirée de la violation des règles essentielles de la procédure ne se trouve plus parmi les moyens d'opposition énumérés à l'art. 182 et soumis à l'appréciation du juge. Si le débiteur estime qu'il est contrevenu aux dispositions de la loi sur la poursuite, c'est au contraire à l'autorité de surveillance qu'il doit porter plainte.

Dans l'espèce, les recourants n'ont pas établi que l'une ou l'autre des conditions prévues à l'art. 177 LP. ne fût pas réalisée. Ils n'ont pas nié leur inscription au registre du commerce, ni démontré que l'une des énonciations essentielles énumérées à l'art. 722 CO. fît défaut à l'effet présenté par les créanciers poursuivants.

L'exception soulevée par les recourants est fondée uniquement sur le raisonnement suivant : La date d'échéance indiquée dans le billet de change en question a été prorogée par entente entre les parties. En fait, l'échéance primitive a donc été annulée. Mais, cette annulation n'ayant pas été mentionnée dans le billet, celui-ci cesse de remplir les conditions essentielles à un effet de change. Il ne vaut plus que comme simple reconnaissance et ne saurait par conséquent

plus servir de base à la poursuite rapide des art. 177 à 189 de la loi sur la poursuite.

Ce moyen n'est pas purement de forme. Il n'est pas tiré de la violation d'une règle de simple procédure. Au contraire, il soulève une question de fond, qui ressort au juge, et il ne peut, en conséquence, être présenté que par voie d'opposition. Aussi bien les recourants déclarent-ils s'être déjà engagés dans cette voie et avoir fait valoir devant le juge les mêmes arguments que ceux de leur plainte.

Par ces motifs,

la Chambre des poursuites et des faillites

prononce :

Le recours est écarté.

---

56. Entscheid vom 2. Februar 1897 in Sachen Frehner.

I. Jakob Frehner in Herisau erließ am 6. November 1896 an Dr. Schmidt in St. Gallen einen Zahlungsbefehl für 3936 Fr. 75 Cts.

II. In einem Schreiben vom gleichen Tage an das Betreibungsamt St. Gallen erwiderte Schmidt:

„Auf den heute erhaltenen Zahlungsbefehl im Betrage von „3926 Fr. 75 Cts., Gläubiger Frehner, Gärtner, Herisau, schlage „ich Recht vor.

„Ich anerkenne ca. 1500 Fr. und bestreite die Richtigkeit der „Differenz von ca. 2400 Fr."

Das Betreibungsamt übermittelte am 10. November dem Vertreter des Gläubigers das Doppel des Zahlungsbefehls. Darin ist unter „Rechtsvorschlag" folgende Notiz angebracht: „Ich anerkenne ca. 1500 Fr. und bestreite die Richtigkeit der „Differenz von ca. 2400 Fr. sig. Dr. Schmidt."

III. Unter Berufung auf Art. 74, Abs. 2 des Betreibungsgesetzes verlangte Frehner von der erstinstanzlichen Aufsichtsbehörde die Aufhebung des Rechtsvorschlages. Die angerufene Behörde erklärte den Rekurs begründet.

IV. Schmidt verlangte von der kantonalen Aufsichtsbehörde Aufhebung dieser Verfügung und wurde dabei geschützt. Dem Entscheid der obern kantonalen Instanz sind folgende Erwägungen zu entnehmen: Es sei auf den Wortlaut der vom Schuldner eingegebenen Rechtsvorschlagserklärung, nicht aber auf eine für den Gläubiger bestimmte und von diesem Wortlaute abweichende Kopienahme des Betreibungsamtes abzustellen. In der Erklärung des Schuldners sei nun der bestimmte Wille zum Ausdruck gelangt, Recht vorzuschlagen, wie es denn auch dort heiße: „Ich schlage Recht vor." Dieser Wille sei nicht aufgehoben durch den Satz: „Ich anerkenne circa 1200 Fr. und bestreite die Richtigkeit der „Differenz von circa 2700 Fr." Mit dieser Erklärung, welche nach dem ganzen Zusammenhang als Motivierung des Schlußsatzes erscheine, nach Art. 75 des Betreibungsgesetzes aber für den Schuldner nicht verbindlich sei, stelle letzterer allerdings nicht grundsätzlich jede Schuldpflicht in Abrede; er lasse vermuten, er sei dem Gläubiger etwas schuldig, allein er befinde sich in der Unmöglichkeit, zu beurteilen, wie viel er schulde. Auf Grund dieser Unmöglichkeit wolle der Betriebene die genaue Fixierung dieses Betrages weiterer Unterhandlung der Parteien beziehungsweise dem Richterspruche vorbehalten. Darnach müsse der Rechtsvorschlag im Sinne des Art. 74 des Betreibungsgesetzes als gültig betrachtet werden. Im Zweifel sei ein Rechtsvorschlag als erfolgt anzusehen (Archiv II, 126; III, 93).

V. Dieser Entscheid wurde von Frehner an die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer weitergezogen. Das Begehren des Rekurrenten geht auf Ungültigkeitserklärung des Rechtsvorschlages: Selbstverständlich sei kein anderer als der vom Betriebenen dem Amte zugestellte Rechtsvorschlag maßgebend. In demselben werde zuerst der Rechtsvorschlag angemeldet, dann aber dem Willen des Schuldners, in welchem Umfange er das Recht vorschlagen wolle, klar und deutlich Ausdruck gegeben. Mit Unrecht werde in der angefochtenen Entscheidung behauptet, Schmidt sei nicht in der Lage gewesen, bestimmt zu erklären, welchen Betrag er schulde. Die angeführten Entscheidungen des Bundesrates passen nicht auf den vorliegenden Fall. Es wäre Sache des Schuldners gewesen, den bestrittenen Betrag genau anzugeben, widrigenfalls nach Art. 74, Abs. 2 des Betreibungsgesetzes der

Rechtsvorschlag als nicht erfolgt zu betrachten sei. Dem Betreibungsamte könne nicht zugemutet werden, einen Rechtsvorschlag an den Schuldner zur Korrektur zurückzuweisen. Die Abweisung des Rekurses wäre gleichbedeutend mit einer völligen Außerkraftsetzung des Art. 74, Abs. 2 des Betreibungsgesetzes.

VI. In seiner Vernehmlassung erklärt sich Schmidt damit einverstanden, daß nur derjenige Rechtsvorschlag in Betracht fallen könne, welcher dem Betreibungsamte eingegeben worden ist. Nun enthalte dieser vorliegend in seinem zweiten Absatze lediglich eine Motivierung. Dieselbe sei aber auf den Rechtsvorschlag selbst, der sich gegen die ganze Forderung richtet, durchaus ohne Einfluß. Der Nachsatz wolle durchaus nicht besagen, es werde für circa 2400 Fr. Rechtsvorschlag erhoben, sondern es gehe aus demselben hervor, daß eben, weil die Verhältnisse so liegen, wie im Nachsatze bemerkt wird, zur Zeit die ganze Forderung bestritten wird. Der Gläubiger fordere im ganzen 3926 Fr. 75 Cts.; der Schuldner anerkenne im ganzen nur 1500 Fr. und nicht etwa an den 3926 Fr. 75 Cts. Die Forderung sei also im ganzen, nicht etwa bloß teilweise bestritten. Die beiden Forderungen seien zwei völlig verschiedene. Die kleinere sei nicht etwa in der größern enthalten. Diese Ausführungen stützen sich auf bundesrätliche Entscheide (S. Archiv II, 126; III, 93 und namentlich V, 1: Rekurse Paganini und Heer). Vorliegend handle es sich um den ganz gleichen Fall, wie im Rekurse Heer.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung:

1. Die Vorinstanz sowohl als die Parteien nehmen übereinstimmend an, daß zur Beurteilung der Gültigkeit des ergangenen Rechtsvorschlages lediglich diejenige Erklärung in Betracht fallen könne, welche dem Betreibungsamte vom Schuldner Schmidt übermittelt worden ist. Diese Annahme erscheint auch als zutreffend. Nach Art. 78 des Betreibungsgesetzes, welcher die Betreibung als durch den Rechtsvorschlag eingestellt erklärt, erscheint der vom Schuldner ausgehende Bestreitungsakt als entscheidend.

2. Diejenige Erklärung, auf welche demnach abzustellen ist, lautet:

„Auf den heute erhaltenen Zahlungsbefehl im Betrage von „3926 Fr. 75 Cts., Gläubiger Frehner, Gärtner, Herisau, „schlage ich Recht vor.

„Ich anerkenne circa 1500 Fr. und bestreite die Richtigkeit „der Differenz von circa 2400 Fr."

3. Es entsteht die Frage, welche Tragweite dieser Erklärung beizumessen ist. Insbesondere fragt es sich, ob durch den Nachsatz derselben die Eingabe des Schuldners zu einer bloß teilweisen Bestreitung der Forderung wird und, da der bestrittene Betrag dabei nicht genau angegeben ist, ob der Rechtsvorschlag gemäß Art. 74 Abs. 2 des Betreibungsgesetzes als nicht erfolgt betrachtet werden soll.

Bei der Beantwortung dieser Frage ist vorerst auf die Auslegung zu verweisen, welche die erwähnte Gesetzesbestimmung durch die Praxis des Bundesrates erfahren hat (Archiv II, 126; III, 93; IV, 11; V, 1). Im jüngsten dieser von der frühern Aufsichtsbehörde abgegebenen Entscheide wird von ihr selbst erklärt, daß durch jene Praxis die Anwendbarkeit des Art. 74, Abs. 2 auf die Fälle eingeschränkt worden sei, in denen die Bestreitung als solche und nicht bloß die ihr beigefügte Begründung ein Zugeständnis des Schuldners enthält, er bestreite die Forderung nicht ganz, sondern nur teilweise.

Das Bundesgericht sieht sich nicht veranlaßt, von dieser Interpretation des Art. 74, Abs. 2 hier abzugehen. Das Gesetz fordert zur Gültigkeit des Rechtsvorschlages (abgesehen von der Wechselbetreibung, Art. 178, Abs. 3) keine Begründung (siehe Art. 75). Wenn der Schuldner also sich damit begnügt, einfach, ohne Beifügung eines Grundes, zu erklären, er erhebe Rechtsvorschlag, so ist der Rechtsvorschlag gültig und wirksam. Daran kann es nun nichts ändern, wenn der Schuldner seiner Erklärung, er erhebe Rechtsvorschlag, eine Begründung beifügt, und zwar auch dann nicht, wenn sich aus dieser Begründung ergiebt, daß der Schuldner das Bestehen eines Schuldverhältnisses zwischen ihm und dem betreibenden Gläubiger nicht schlechthin zu bestreiten gedenkt. Der Thatbestand einer bloß teilweisen Bestreitung der Forderung im Sinne des Art. 74, Abs. 2 liegt in einer derartigen Erklärung noch nicht. Derselbe ist vielmehr nur dann gegeben, wenn aus der Erklärung des Schuldners sich ergiebt, dieser bestreite nicht, daß die Forderung teilweise als eine liquide im Wege des Rechtstriebes realisierbare, bestehe, wenn also die Erhebung des Rechtsvorschlages — die Erklärung des Schuld-

ners, daß er dem Gläubiger das Recht bestreite, gegen ihn auf dem Betreibungswege vorzugehen, und Recht vorschlage, also gerichtliches Verfahren verlange, — sich nur auf einen Teil der Forderung beziehen kann. Dieser Art ist nun die vom Schuldner im vorliegenden Fall abgegebene Erklärung nicht. Hier kann die Erklärung des Schuldners vielmehr sehr wohl dahin aufgefaßt werden, er bestreite, daß dem betreibenden Gläubiger gegenwärtig eine liquide Forderung zu irgendwelchem Betrage zustehe, wobei er immerhin nicht in Abrede stellen wolle, daß es dem Gläubiger gelingen könne, im Prozesse eine Forderung von größerem oder geringerem Betrage liquid zu stellen. Diese Auffassung und überhaupt eine enge Auslegung des Art. 74, Abs. 2 rechtfertigt sich um so mehr, als die Sanktion dieser Gesetzesbestimmung, bei weiter Interpretation derselben, im allgemeinen eher den redlichen Schuldner, der sich seinem Gläubiger gegenüber zu einer Auseinandersetzung herbeiläßt, als den trölerischen, welcher uneinläßlich und schroff Recht vorschlägt, treffen würde.

Aus diesen Gründen hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer erkannt:

Der Rekurs wird abgewiesen und es hat beim Entscheide der kantonalen Aufsichtsbehörde sein Bewenden.

---

57. Entscheid vom 9. Februar 1897 in Sachen Wenger und Iseli.

I. Im Grundpfandverwertungsverfahren gegen Albrecht Schneeberger in Orpund wurden die Liegenschaften des Schuldners von Friedrich Wenger und Adolf Iseli in Nidau ersteigert. Auf den Erlös von 31,825 Fr. 10 Cts. wurden unterm 23. September 1896 vom Betreibungsamt Nidau angewiesen:

1. Die Pfandgläubigerin Frau von Graffenried für	Fr.	31,403	—
2. Die Verwertungskosten mit	„	221	70
3. Die Brandversicherungsanstalt Bern für	„	33	24
4. Die Einwohnergemeinde Orpund für .	„	107	47
5. Der Schuldner Schneeberger für . .	„	59	69

Der Verteilungsliste wurde vom Betreibungsbeamten unterm 24. September ein Verbal nachgetragen, das lautet: „Die Bar„anweisungen Nr. 3, 4 und 5 wurden heute den Berechtigten „zugesandt, so daß der erzielte Erlös vollständig verteilt ist. Dem „Schuldner Albrecht Schneeberger wurde auf dem Mandatabschnitt „eine diesbezügliche Bemerkung angebracht." Mit Eingabe vom 8. Oktober 1896 erhob „namens des Albrecht Schneeberger" Fürsprech Moll in Biel gegen die Verteilungsliste, von der Schneeberger erst am 5. Oktober durch seinen Vertreter, Notar Zürcher, Kenntnis erhalten habe, Beschwerde deshalb, weil nach Art. 3 der Steigerungsbedingungen die Posten Nr. 3 und 4, welche Brandversicherungsbeiträge und Grundsteuern pro 1896 betrafen, nicht auf den Erlös hätten angewiesen, sondern den Ersteigerern hätten überbunden werden sollen. Deshalb wurde beantragt, der Betreibungsbeamte von Nidau sei anzuweisen, die fragliche Verteilungsliste in der Weise abzuändern, daß die beiden Beträge den Käufern ohne Abrechnung am Kaufpreis überbunden und Schneeberger für die entsprechende Summe von 140 Fr. 71 Cts. in der Verteilungsliste weiter kreditiert und daß ihm diese Summe ausbezahlt werde. Nachträglich gab dann Fürsprech Moll eine schriftliche vom 8. Oktober 1896 datierte Vollmacht des Schneeberger zur Beschwerdeführung zu den Akten. Der Betreibungsbeamte von Nidau und die Ersteigerer wendeten zunächst ein, daß Fürsprech Moll zur Erhebung der Beschwerde nicht legitimiert gewesen sei, da er vom Schuldner Schneeberger keinen diesbezüglichen Auftrag erhalten habe. Wenn ein solcher überhaupt erteilt worden sei, so rühre derselbe entweder von der Ehefrau des Schuldners oder von Notar Zürcher in Nidau her. Sodann sei die Beschwerde wegen Verspätung abzuweisen, da der Schuldner bereits am 24. September bei Zusendung des Überschusses des Erlöses von der Verteilungsliste Kenntnis erhalten habe. Zudem hätte diese nach Art. 157 und 148 des Betreibungsgesetzes vor Gericht angefochten werden sollen. Endlich sei die Beschwerde auch materiell unbegründet, weil nach § 41 des Gesetzes über die Vermögenssteuer, § 15 des Gesetzes über das Steuerwesen in den Gemeinden und § 73 des bernischen Einführungsgesetzes zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs das Grundeigentum für die Grundsteuern und die Beiträge

an die kantonale Brandversicherungsanstalt mit einem allen andern vorgehenden Pfandrecht belastet sei, und weil danach diese Forderungen, wenn wenigstens der Erlös des Grundpfandes hinreiche, hieraus zu decken seien. Deshalb sei auf die Beschwerde nicht einzutreten; eventuell sei dieselbe abzuweisen. Die bernische Aufsichtsbehörde ließ über die Frage der Ermächtigung des Fürsprech Moll zur Erhebung der Beschwerde die Ehefrau Schneeberger abhören, die sich in ihrer Einvernahme vom 18. November 1896 über diesen Punkt folgendermaßen hören ließ: „Nachdem „ich davon Kenntnis erhalten, daß im Verwertungsverfahren „gegen meinen Ehemann, welcher damals abwesend war und wes„halb ich die Geschäfte besorgte, Ungehörigkeiten vorgekommen, er„klärte ich Herrn Notar Zürcher, er solle die Sache Herrn Für„sprecher Hofmann-Moll in Biel übertragen, was er auch gethan „haben wird. Mein Ehemann, welchem ich bei der ersten Ge„legenheit hievon Kenntnis gab, war damit einverstanden. Ob „und wann der Avis betreffend Auflage der Verteilungsliste ein„langte, kann ich nicht angeben. So viel ich weiß, hat mein „Mann die schriftliche Vollmacht vor circa 8 Tagen unter„zeichnet." Durch Entscheid vom 18. November sodann wurde die Beschwerde für begründet erklärt und der Betreibungsbeamte von Nidau angewiesen, dem Beschwerdeführer Schneeberger die Restanz des ihm zukommenden Überschusses des Steigerungserlöses mit 140 Fr. 71 Cts. sofort auszubezahlen. Da der Auftrag, den Frau Schneeberger dem Fürsprech Moll zur Erhebung der Beschwerde erteilt habe, nachträglich durch den Ehemann Schneeberger genehmigt worden sei, erscheine die Bemängelung der Legitimation des genannten Anwalts unbegründet. Ebenso unbegründet sei die Einrede der verspäteten Beschwerdeführung. Die 10tägige Beschwerdefrist habe für den Schuldner erst von dem Tage zu laufen begonnen, als er davon Kenntnis erhalten habe, daß der ihm auszubezahlende Überschuß des Steigerungserlöses deshalb auf den Betrag von nur 59 Fr. 69 Cts. bestimmt worden sei, weil der Betreibungsbeamte die Gemeindegrundsteuer und die Beiträge an die kantonale Brandversicherungsanstalt nicht den Ersteigerern auferlegt, sondern aus dem Steigerungserlös bezahlt habe, und daß er diese Kenntnis bereits mehr als zehn Tage vor Einreichung der Beschwerde gehabt habe, sei nicht dargethan. Aus

dem Verbal des Betreibungsbeamten vom 24. September ergebe sich keineswegs mit Sicherheit, daß die Bemerkung auf dem ihm, dem Schuldner, zugesandten Mandatabschnitt derart abgefaßt gewesen sei, daß derselbe habe erkennen können, weshalb er nur 59 Fr. 69 Cts. erhalte. Der Einwand sodann, daß die Zuteilung gerichtlich hätte angefochten werden sollen, sei deshalb nicht stichhaltig, weil ein Kollokationsplan im Sinne der Art. 146 und 148 des Betreibungsgesetzes nur dann aufgestellt werde, wenn aus dem Erlös nicht sämtliche Gläubiger befriedigt werden können, was vorliegend nicht zutreffe. Sachlich endlich lasse der § 62, Ziff. 5 des Einführungsgesetzes keinen Zweifel darüber zu, daß bei der Verwertung von Liegenschaften die aus den zwei letzten Jahren ausstehenden Staats- und Gemeindesteuern und die Beiträge an die kantonale Brandversicherungsanstalt für das verflossene und das laufende Jahr nicht aus dem Steigerungserlös zu bezahlen, sondern von dem Ersteigerer zu tragen seien.

II. Gegen diesen Entscheid haben die Ersteigerer Wenger und Iseli rechtzeitig den Rekurs an das Bundesgericht ergriffen und unter Wiederholung der Anbringen in ihrer Beschwerdeantwort und in der Vernehmlassung des Betreibungsbeamten den Antrag gestellt, es sei die Beschwerde des Albrecht Schneeberger abzuweisen.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht
in Erwägung:

1. Die angefochtene Verfügung des Betreibungsbeamten von Nidau besteht darin, daß er einen Teil des Erlöses der versteigerten Liegenschaft, welch' letzterer die darauf haftenden Schulden überstieg, zur Tilgung von Gemeindegrundsteuern und Brandversicherungsbeiträgen pro 1896 verwendet hat, statt diese Lasten den Erwerbern zu überbinden und den ganzen Überschuß dem Schuldner zuzuweisen. Diese Zuteilung erfolgte nicht auf Grund eines Kollokationsplanes im Sinne der Art. 146—148 des Betreibungsgesetzes. Ein solcher brauchte, wie die Vorinstanz richtig ausführt, nicht aufgestellt zu werden angesichts der Thatsache, daß der Erlös zur Befriedigung der beteiligten Gläubiger hinreichte. Es tritt in diesem Falle eine Konkurrenz der Forderungen der Gläubiger nicht ein, so daß deren Rangordnung der Zuteilung

des Verwertungsergebnisses vorgängig festgelegt werden müßte. Stellt sich aber darnach die Liste, die der Betreibungsbeamte am 28. September aufstellte und worin er den beteiligten Gläubigern ihr Betreffnis am Erlös zuwies, nicht als Kollokationsplan im Sinne der erwähnten Vorschriften dar, so kann davon keine Rede sein, daß dagegen auf dem Wege der gerichtlichen Klage hätte aufgetreten werden sollen, ganz abgesehen davon, daß auch zur gerichtlichen Anfechtung eines Kollokationsplanes nur die Gläubiger, nicht auch der Schuldner legitimiert sind (Art. 148 des Betreibungsgesetzes).

2. Für Fälle, wie der vorliegende, ist aber auch die Aufstellung einer besondern Verteilungsliste im Gesetze nicht vorgesehen, und es können deshalb keineswegs etwa die nur für das Konkursverfahren geltenden Vorschriften des Art. 263 des Betreibungsgesetzes zur Anwendung kommen, welche bestimmen, daß und wie die im Konkurse aufgestellte Verteilungsliste und die Schlußrechnung öffentlich bekannt zu machen und wie den Gläubigern davon Kenntnis zu geben sei. Sondern es ist die sogenannte Verteilungsliste lediglich eine zusammenfassende Protokollierung der Berechtigungen auf den Erlös der Liegenschaft, die der Betreibungsbeamte zu seinen Handen vorgenommen hat, um darnach die Verteilung des Steigerungsergebnisses zu bewerkstelligen. Eine öffentliche Auflage, eine Benachrichtigung der Beteiligten in bestimmter Form war hier gesetzlich nicht erforderlich und hat denn auch nicht stattgefunden; sondern es hat das Betreibungsamt einfach, gemäß Art. 157 des Betreibungsgesetzes, den Reinerlös den Pfandgläubigern gemäß ihren Berechtigungen zugewiesen und dem Schuldner den Überschuß zugesandt. Ob dabei richtig verfahren worden sei, konnte der Schuldner aus der Thatsache, daß ihm ein gewisser Betrag als Überschuß zugesandt wurde, nicht folgern, ebenso wenig konnte ihm, wie mit der Vorinstanz gestützt auf das der sog. Verteilungsliste nachgetragene Verbal vom 24. September anzunehmen ist, der Mandatabschnitt hierüber Aufschluß geben. Derselbe brauchte sich auch nicht etwa selbst nach Empfang des Überschusses sogleich nach der Art der Zuweisung des übrigen Erlöses auf dem Betreibungsamte zu erkundigen. Vielmehr hatte er Anspruch darauf, daß ihm vom Betreibungsbeamten das Ergebnis der Liquidation in der Schlußrech-

nung mitgeteilt werde. Die Beschwerdefrist lief deshalb für ihn erst von dem Zeitpunkte an, wo ihm diese Schlußrechnung zugestellt worden war, oder wo er nachgewiesenermaßen thasächlich auf andere Weise davon Kenntnis erhalten hatte, daß ein Teil des Erlöses zur Deckung von Gemeindegrundsteuern und Brandversicherungsbeiträgen pro 1896 verwendet worden sei. Nun ist nicht dargethan, daß Schneeberger mehr als zehn Tage vor der Beschwerdeerhebung auf diese oder jene Art von der seiner Ansicht nach unrichtigen Verteilung des Erlöses Kenntnis erlangt habe. Im Gegenteil scheint derselbe davon erst, nachdem die Beschwerde auf Veranlassung seiner Ehefrau bereits eingereicht war, von jener Thatsache in Kenntnis gesetzt worden zu sein. Von einer Versäumung der Beschwerdefrist kann somit nicht gesprochen werden.

3. Damit erledigt sich aber auch der Einwand der mangelnden Vollmacht des Fürsprechers Moll zur Beschwerdeführung im abweisenden Sinne. Nach Aussage der Ehefrau des Schuldners war zwar allerdings die Beschwerde erhoben worden, ohne daß letzterer zuvor hiezu Auftrag erteilt hatte. Allein nachdem Schneeberger, sobald er von seiner Frau über die Verhältnisse unterrichtet worden war, erklärt hatte, er sei mit der Beschwerde einverstanden, so darf angenommen werden, daß damit der Mangel gehoben und daß innert nützlicher Frist vom Schuldner selbst Beschwerde erhoben worden sei.

4. In der Sache selbst ist angesichts des Art. 3 der Steigerungsgedinge, der zudem der gesetzlichen Vorschrift des § 62, Ziff. 5 des bernischen Einführungsgesetzes entspricht, die Zuteilung eines Teils des Steigerungserlöses an die Gemeinde Orpund und die Brandversicherungsanstalt des Kantons Bern für Grundsteuern bezw. Versicherungsbeiträge pro 1896 völlig unbegreiflich. Die Rekurrenten suchen dieselbe zwar durch den Hinweis auf die Bestimmungen in § 41 des Gesetzes über die Vermögenssteuer, § 15 des Gesetzes über das Steuerwesen in den Gemeinden und § 73 des Einführungsgesetzes zu rechtfertigen. Allein mit Recht ist hierauf die Vorinstanz nicht eingetreten. Denn alle diese Vorschriften beziehen sich bloß auf das materielle Rechtsverhältnis der betreffenden Gläubiger zu ihrem Schuldner, bezw. auf die denselben am Substrat ihrer Berechtigungen zustehenden dinglichen Rechte und beschäftigen sich in keiner Weise mit der Art und

Weise, wie diese ihre Rechte im Zwangsverfahren liquidiert werden. Hiefür gelten ausschließlich die einschlägigen Spezialvorschriften bezw. die Steigerungsgedinge.

Aus diesen Gründen hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer

erkannt:

Der Rekurs wird abgewiesen.

---

58. Entscheid vom 9. Februar 1897 in Sachen Kocher.

Am 15. Oktober 1896 ist dem Alfred Kocher durch das Betreibungsamt Büren für eine Forderung des Fürsprechers Schwab in Büren von 190 Fr. ein Wiederlosungsrecht gepfändet worden, das dem Schuldner gemäß Kaufvertrag vom 19. Juni 1895 an den Notar Gottfried Schneider in Bern zustand. Gegen diese Pfändung, an die dann auch die Weinhandlung Roth in Pontenet für eine Forderung von 90 Fr. Anschluß erlangt hatte, erhob Alfred Kocher unterm 21. Oktober Beschwerde bei der bernischen kantonalen Aufsichtsbehörde, worin er geltend machte, daß ein Wiederlosungsrecht als höchst persönliches Recht jedenfalls im Pfändungsverfahren nicht zu Gunsten der Gläubiger des Wiederlosungsberechtigten mit Beschlag belegt werden dürfe. Deshalb wurde beantragt, es sei die angefochtene Pfändung aufzuheben. Der Betreibungsbeamte machte in seiner Vernehmlassung geltend, daß das Wiederlosungsrecht nicht unter die in Art. 92 abschließend aufgeführten unpfändbaren Gegenstände gerechnet werden könne. Die bernische kantonale Aufsichtsbehörde trat laut Entscheid vom 18. Dezember 1896 auf die Beschwerde nicht ein. Das Rechtsmittel der Beschwerde an die Aufsichtsbehörden, führte sie aus, sei nur gegen solche Verfügungen eines Betreibungs- oder Konkursamtes gegeben, welche entweder direkt gesetzliche Vorschriften über Schuldbetreibung und Konkurs verletzen, oder aber indirekt, indem sie den Verhältnissen, die dieselben berücksichtigt wissen wollten, nicht angemessen erscheinen: nicht aber auch gegen solche, welche gegen irgendwelche andere Gesetzeserlasse verstießen. Es ergebe sich dies mit aller Deutlichkeit aus dem deutschen und italienischen

Texte des Artikels, wo ausdrücklich auf das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs abgestellt werde. Nun behaupte der Beschwerdeführer nicht, daß die Pfändung des ihm zustehenden Wiederlosungsrechtes eine Vorschrift des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs verletze; es wäre dies auch nicht richtig, da in der That in Art. 92 des Betreibungsgesetzes die absolut unpfändbaren Gegenstände erschöpfend aufgezählt seien und das Wiederlosungsrecht sich unter keine der daselbst aufgestellten Kategorien bringen lasse. Er behaupte auch nicht, daß die Pfändung den Vorschriften nicht angemessen sei, sondern bloß, daß das Wiederlosungsrecht nach Satzung 816 des bernischen Civilgesetzbuches höchst persönlicher Natur sei. Mit der Frage aber, ob aus Gründen des Civilrechts ein gepfändeter Gegenstand dem Schuldner nicht entzogen werden könne und darum von der Pfändung auszunehmen sei, hätten sich nach dem Gesagten die Aufsichtsbehörden nicht zu befassen. Gegen diesen Entscheid hat Alfred Kocher rechtzeitig den Rekurs an das Bundesgericht erklärt.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht

in Erwägung:

1. Den Gegenstand der Beschwerde des Alfred Kocher an die kantonale Aufsichtsbehörde bildete die Gültigkeit der gegen ihn ausgeführten Pfändung, d. h. eine im Betreibungsverfahren getroffene Verfügung des Betreibungsbeamten. Die Gültigkeit der Verfügung hing davon ab, ob das gepfändete Wiederlosungsrecht pfändbar sei oder nicht. Diese Frage muß nun aber notwendigerweise in erster Linie vom Beamten selbst wenigstens vorläufig geprüft und entschieden werden. Was sodann die Anfechtung einer Pfändung wegen Unpfändbarkeit des mit Beschlag belegten Vermögensstückes betrifft, so ist hiefür nirgends das gerichtliche Verfahren vorgeschrieben. Auch ist nicht ersichtlich, wann und in welchem Verfahren jene Frage zum gerichtlichen Austrage gebracht werden sollte. Somit haben, vorläufig wenigstens, die Aufsichtsbehörden im Beschwerdeverfahren darüber zu entscheiden, ob ein Gegenstand pfändbar sei oder nicht, wie sie überhaupt die Präjudizialfragen, von denen die Gültigkeit der Pfändung abhängt, selbständig zu prüfen und zu beantworten haben, sofern nicht, wie bei Ansprüchen Dritter auf den Pfandgegenstand, der Rechtsweg ausdrücklich vorgesehen ist. Ob der Beschwerdeführer die Unpfänd-

barkeit aus einer Vorschrift des Betreibungsgesetzes selbst herleite, oder ob er sich auf einen außerhalb desselben geltenden Rechtssatz stütze, ist gleichgültig. Die Aufsichtsbehörden haben, soweit nicht der Rechtsweg vorbehalten ist, über die richtige Anwendung der sämtlichen Normen des Betreibungsrechtes zu wachen, ob diese in einer gesetzlichen Bestimmung ihren positiven Ausdruck gefunden haben oder nicht. Dazu gehört aber zweifellos der Satz, daß nur solche Gegenstände gepfändet werden dürfen, die nicht von der Beschlagnahme ausgeschlossen sind. Dies ist die allgemeine Schranke, die der Betreibungsbeamte bei der Vornahme einer Pfändung zu beachten hat, und wenn er darüber hinweg geht, so macht er sich einer Widerhandlung gegen seine gesetzlichen Verpflichtungen schuldig, gegen die auf dem Beschwerdewege Remedur gesucht werden kann. Wenn daher der Beschwerdeführer behauptete, daß das mit Beschlag belegte Wiederlosungsrecht unpfändbar und deshalb die Pfändung ungültig sei, so hatte hierüber die Aufsichtsbehörde zu erkennen, und sie konnte sich dieser Pflicht nicht durch Verweisung desselben an die Gerichte entschlagen.

2. Trotzdem kann der Rekurs nicht geschützt werden, da materiell der Standpunkt des Rekurrenten unhaltbar ist. Zwar wird zuzugeben sein, daß die Art. 92 und 93 des Betreibungsgesetzes nicht in abschließender Weise alle unpfändbaren Gegenstände aufzählen, sondern nur diejenigen, die im wesentlichen aus öffentlich-rechtlichen Gründen, um dem Schuldner ein Minimum von Existenzmitteln zu gewähren, von der Beschlagnahme ausgeschlossen sind, und daß es daneben auch noch andere unpfändbare Gegenstände gibt, solche nämlich, denen nach Mitgabe anderer, insbesondere civilrechtlicher Bestimmungen diese Eigenschaft zukommt (so auch Reichel in der Zeitschrift des Schweizerischen Juristenvereins, Bd. XXXV, S. 55 ff.). Ein solcher, kraft civilrechtlicher Anordnung dem Zugriff der Gläubiger entzogener Vermögensgegenstand ist nun aber das bernische Wiederlosungsrecht nicht: Satzung 816 des bernischen Civilgesetzbuches behält die Geltendmachung dieses Rechts und damit den Genuß der damit verknüpften wirtschaftlichen Vorteile nicht den Berechtigten ausschließlich vor, sondern läßt ausdrücklich einen Eintritt der Noterben, sowie der „Geltstagsgläubiger" in dasselbe zu. Da nun nach früherem bernischen Rechte der Geltstag bei Zahlungsunfähigkeit des Schuld-

ners die gewöhnliche Art der Zahlungsexekution war, und da insbesondere jeder Gläubiger, der darthat, daß beim Schuldner weder Bezahlung, noch Pfänder zu finden seien, die Verhängung des Geltstages erwirken konnte (§ 553 des aufgehobenen bernischen Vollziehungsverfahrens), so darf unbedenklich angenommen werden, daß die in Satzung 816 den Geltstagsgläubigern eingeräumte Befugnis der Beschlagnahme des Wiederlosungsrechts ihres Schuldners, nunmehr bei der veränderten Gestalt des Zwangsliquidationsverfahrens, sämtlichen betreibenden Gläubigern, ob nun die Betreibung auf Pfändung, oder Konkurs gerichtet sei, zustehe. Die angefochtene Pfändung erscheint daher materiell begründet, womit freilich die allerdings gegebenen Falles gerichtlich zu entscheidende Frage nicht präjudiziert wird, ob vielleicht der Wiederlosungsverpflichtete sich der Ausübung dieses Rechts seitens eines andern, als des ursprünglichen Berechtigten, widersetzen könne.

Aus diesen Gründen hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer

erkannt:

Der Rekurs wird abgewiesen.

---

59. Entscheid vom 16. Februar 1897 in Sachen Wiest.

Theodor Wiest ist als Inhaber der Firma Theodor Wiest in Zürich V, „Vertretung der Firma J. Bach in Fürth, Import überseeischer Hölzer, Dufourstraße 132" im Handelsregister von Zürich (Register A) eingetragen. In einer auf Begehren des J. Kläusli, zum Steinhof in Zürich, gegen ihn eingeleiteten Betreibung wurde ihm am 29. September 1896 eine Konkursandrohung zugestellt. Gegen diese Maßnahme erhob Wiest Beschwerde, da er bloß als Vertreter eines andern Geschäftes im Handelsregister eingetragen sei und deshalb nicht auf Konkurs betrieben werden könne. Von beiden kantonalen Instanzen wurde er jedoch abgewiesen. Namens desselben rekurrierte hierauf Advokat Dr. Meyerhofer in Zürich an das Bundesgericht. Er beantragt, es sei die Konkursbetreibung gegen Wiest, weil im Widerspruch mit Art. 39 des Betreibungsgesetzes stehend, als gesetzwidrig zu erklären und das Betreibungsamt Zürich V anzu-

weisen, die Betreibung auf dem Wege der Pfändung weiter zu führen. Die Begründung läuft darauf hinaus, Wiest habe sich eintragen lassen wollen und sei eingetragen lediglich als Handlungsbevollmächtigter der Firma J. Bach in Fürth, weshalb er nach Art. 39 des Betreibungsgesetzes nicht der Konkursbetreibung unterliege.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht

in Erwägung:

Die Prüfung, die der Betreibungsbeamte darüber vorzunehmen hat, ob ein Schuldner gemäß Art. 39 des Betreibungsgesetzes der Konkursbetreibung unterliege oder nicht, ist der Natur der Sache nach eine rein formale, indem sich dieselbe lediglich darauf zu erstrecken hat und erstrecken kann, ob der Schuldner in einer der nach der citierten Bestimmung die Konkursfähigkeit begründenden Eigenschaften im Handelsregister eingetragen sei. Ob er sich vielleicht nicht, oder nicht in der angegebenen Eigenschaft habe eintragen lassen wollen, oder ob er nach den vorgelegten Ausweisen nicht oder in einer andern Eigenschaft hätte eingetragen werden sollen, darüber haben die Vollstreckungsorgane nicht zu befinden. Für sie kommt es einfach auf den Eintrag an, und auf die Frage, ob dieser nach den Vorschriften über die Führung des Handelsregisters richtig sei, haben sie sich nicht einzulassen. Höchstens dann könnten sie sich vielleicht vorläufig über einen Eintrag hinwegsetzen, wenn derselbe nach den thatsächlichen Verhältnissen ganz offensichtlich auf einem Irrtum des Registerführers beruht. Ein solcher Ausnahmefall liegt aber hier nicht vor. Es ist nicht abzusehen, wie sich der Vertreter einer ausländischen Firma nicht selbständig, unter eigener Firma in das Handelsregister sollte eintragen lassen dürfen. Es gibt verschiedene Arten der kaufmännischen Vertretung, auch solche, die sich sehr wohl mit der Führung einer selbständigen Firma des Vertreters vertragen. Unter solchen Umständen aber steht es dem Betreibungsbeamten jedenfalls nicht zu, auf das interne Verhältnis zwischen dem Vertreter und der vertretenen Firma einzugehen. Vielmehr hat er sich lediglich daran zu halten, daß der erstere als Inhaber einer Einzelfirma selbständig im Handelsregister eingetragen ist.

Aus diesen Gründen hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer erkannt:

Der Rekurs wird abgewiesen.

---

60. Entscheid vom 16. Februar 1897 in Sachen Joos.

I. Im Auftrage der Hinterbliebenen des Theodor Joos stellte Rechtsagent Peter Bauer in Chur am 13. Mai 1896 beim dortigen Betreibungsamte gegen den Italiener Rocco Baschenis ein Betreibungsbegehren für eine Forderung von 6000 Fr., die sich auf ein kantonsgerichtliches Urteil vom 1. Oktober 1895 stützte und daraus herrührte, daß Baschenis den Theodor Joos im Raufhandel getötet hatte. Der Schuldner befand sich, als die Anhebung der Betreibung verlangt wurde, zur Verbüßung der ihm wegen des erwähnten Delikts auferlegten Gefängnisstrafe von drei Jahren im Zuchthause in Chur. Unter Berufung darauf, daß die Vormundschaftsbehörde von Chur es ablehne, dem Baschenis einen Beistand zu bezeichnen, teilte der Betreibungsbeamte von Chur unterm 15. Mai dem Vertreter der Gläubiger mit, daß der Zahlungsbefehl dem Schuldner nicht zugestellt werden könne. Da einem bald darauf erneuerten Betreibungsbegehren keine Folge gegeben wurde, wandten sich die Hinterbliebenen des Theodor Joos an die kantonale Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs wegen Rechtsverweigerung und stellten das Begehren, es wolle diese das Betreibungsamt verpflichten, unverzüglich unter Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften seines Amtes zu walten, und wenn dasselbe von sich aus den korrekten Weg zur Erledigung der fraglichen Betreibungsangelegenheit nicht finden könne, demselben mitzuteilen, welches Verfahren es in derartigen Fällen zu beobachten habe. Der Betreibungsbeamte bemerkte in seiner Vernehmlassung, nachdem er nochmals betont hatte, daß die Vormundschaftsbehörde von Chur sich weigere, den Zahlungsbefehl für den Schuldner anzunehmen, er habe nunmehr dem Verhafteten gemäß Art. 60 des Betreibungsgesetzes eine Frist zur Bestellung eines Vertreters angesetzt, sei aber überzeugt, daß das betreffende Schreiben von der Zuchthausverwaltung demselben nicht

abgegeben, sondern an das Betreibungsamt werde zurückgesandt werden. Auch seinerseits sprach der Beamte den Wunsch aus, es möchte die kantonale Aufsichtsbehörde das zu beobachtende Verfahren bestimmen.

II. In ihrem Entscheide vom 13. November 1896 stellte letztere fest, daß der Schuldner keinen gesetzlichen Vertreter habe und daß mit Recht die Vormundschaftsbehörde von Chur es ablehne, ihm einen solchen zu bestellen, einmal deshalb, weil nach bündnerischem Rechte nur Sträflinge, die zur Zuchthausstrafe verurteilt seien und Vermögen besitzen, verbeiständet werden sollen, und weil zudem die vormundschaftliche Obsorge über den Schuldner Baschenis überhaupt nicht den Behörden von Chur zustehe, da der Aufenthalt in einer Strafanstalt keinen Wohnsitz begründe. Unter solchen Umständen habe das Betreibungsamt Chur nichts anderes thun können, als den Verhafteten auffordern, einen Vertreter zu bestellen. Dies sei nunmehr geschehen und deshalb zunächst das weitere abzuwarten. Dies hätte allerdings früher geschehen können und es habe sich somit das Betreibungsamt Chur einer Rechtsverzögerung schuldig gemacht. Allein dadurch, daß das Betreibungsamt von sich aus die Rechtsverzögerung gehoben habe, sei die Beschwerde gegenstandslos geworden. Diese wurde deshalb im Sinne der Erwägungen abgewiesen. Die Betreibung kam trotzdem nicht in Gang und im Januar 1897 wurde Peter Bauer neuerdings zuerst beim Betreibungsamte Chur und dann bei der kantonalen Aufsichtsbehörde vorstellig, um die Zustellung des Zahlungsbefehls auszuwirken. Vom Betreibungsamt erhielt er jedoch den Bescheid, die Betreibung sei unmöglich, und die kantonale Aufsichtsbehörde verwies ihn in einer Zuschrift vom 22. Januar 1897 lediglich auf ihren Entscheid vom 13. November.

III. Hiegegen beschwerte sich Rechtsagent Bauer beim Bundesgericht: Nach der Auffassung der kantonalen Aufsichtsbehörde hinge es thatsächlich vom Belieben des Sträflings ab, ob er betrieben werden könne oder nicht, was nicht angehe. Deshalb wird beantragt, es sei der Entscheid vom 22. Januar 1897, bezw. 13. November 1896 aufzuheben und Weisung zu erteilen, daß der schon am 13. Mai 1896 von den Rekurrenten gegen Baschenis begehrte Zahlungsbefehl dem Schuldner endlich zugestellt werde.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung:

1. Es ist zunächst festzustellen, daß — zur Zeit wenigstens — der Ort der Betreibung nicht in Frage steht. Weder der Betreibungsbeamte, noch die kantonale Aufsichtsbehörde stellen sich auf den Standpunkt, daß das Betreibungsamt Chur zur Anhebung der Betreibung gegen Rocco Baschenis nicht zuständig sei. Und in der That wäre dies verfehlt. Abgesehen davon, daß der Beamte jedenfalls befugt war, sich in dieser Beziehung einfach an das Betreibungsbegehren zu halten, mußte ihn auch eine amtliche Prüfung der Frage seiner Zuständigkeit zur Bejahung derselben führen. Mag es vielleicht auch richtig sein, daß Chur nicht als Wohnsitz des Schuldners im Sinne des Art. 46, Absatz 1 des Betreibungsgesetzes betrachtet werden kann, so muß denn doch gesagt werden, daß derselbe gegenwärtig keinen eigentlichen Wohnsitz habe und deshalb gemäß Art. 48 des Betreibungsgesetzes an seinem Aufenthaltsorte betrieben werden könne. Baschenis hat auch nicht etwa einen gesetzlichen Vertreter, dessen Wohnsitz den Betreibungsort bestimmen würde (Art. 47, Alinea 1) und ebenso wenig besteht nach den Ausführungen der kantonalen Aufsichtsbehörde für die bündnerischen Vormundschaftsbehörden nach dortigem Rechte eine Verpflichtung, für eine Vertretung des Schuldners zu sorgen (Art. 47, Alinea 2 des Betreibungsgesetzes). Darauf aber, ob vielleicht die heimatlichen Behörden nach dortigem Rechte dem Schuldner einen Vertreter bestellt haben oder zu bestellen verpflichtet seien, kann nichts ankommen, da das Betreibungsgesetz den besondern Betreibungsort des gesetzlichen Vertreters, bezw. der zur Ernennung eines solchen verpflichteten Behörde nur für das Gebiet der Eidgenossenschaft aufstellen konnte und wollte. Sonach aber steht völlig außer Zweifel, daß das Betreibungsamt Chur die Betreibung Baschenis an die Hand zu nehmen befugt und verpflichtet ist.

2. Handelt es sich mithin lediglich darum, wie die Betreibung gegen den Schuldner anzuheben sei, so hat der Betreibungsbeamte selbst den richtigen Weg betreten, indem er dem Schuldner eine Frist setzte, um einen Vertreter zu bestimmen (Art. 60 des Betreibungsgesetzes). Wenn nun aber Baschenis diese Frist unbenützt verstreichen ließ, so durfte es der Beamte dabei nicht bewenden

lassen. Art. 60 gewährt den Verhafteten eine Vergünstigung, die darin ihren Grund hat, daß die selbständige Besorgung ihrer ökonomischen Angelegenheiten für dieselben mit besondern Schwierigkeiten verbunden ist. Und wenn auch für die Gläubiger die Bestellung eines derartigen Vertreters ebenfalls gewisse Vorteile bieten mag, so wurzelt doch die Vorschrift des Art. 60 überwiegend in der Rücksichtnahme auf die Interessen des Schuldners, wie insbesondere dadurch bestätigt wird, daß derselbe darnach während der Dauer der Frist, die ihm gesetzt ist, um einen Vertreter zu bezeichnen, Rechtsstillstand genießt. Daraus ergibt sich aber, daß der unbenutzte Ablauf dieser Frist nicht, wie der Betreibungsbeamte von Chur anzunehmen scheint, zur Folge haben kann, daß nun gegen den Schuldner eine Betreibung nicht möglich sei. Es kann nicht von dem Belieben des letztern abhangen, ob er sich betreiben lassen wolle oder nicht. Vielmehr läuft mit der Frist zur Bezeichnung eines Vertreters der Rechtsstillstand, der dem Schuldner für dieselbe gewährt ist, ab und kann er nunmehr wieder betrieben werden in der Person des Vertreters, wenn er einen solchen bezeichnet, in eigener Person, wenn er dies unterlassen. Daß dies einzig der Sinn der Bestimmung in Art. 60 sein kann, wird dadurch bestätigt, daß in den ursprünglichen Entwürfen zum Betreibungsgesetz der Gedanke, der im geltenden Gesetze seinen Ausdruck darin gefunden hat, daß der Verhaftete während der Dauer der fraglichen Frist Rechtsstillstand genieße, dahin formuliert war, daß die Betreibung erst nach Ablauf dieser Frist angehoben werden könne. Es ist deshalb der Betreibungsbeamte unzweifelhaft verpflichtet, nach unbenütztem Ablauf der Frist, die er dem Verhafteten zur Bestellung eines Vertreters gesetzt hat, die Betreibung gegen den Schuldner selbst einzuleiten. Dabei wird er sich entweder selbst Zutritt zu dem Sträfling zu verschaffen suchen, um ihm die Betreibungsurkunden zu übergeben, oder er wird dieselben auch zu dessen Handen der Anstaltsverwaltung übergeben können. Es ist nicht abzusehen, wieso sich diesen Zustellungsarten die Anstaltsorgane mit Recht widersetzen könnten. Freilich behauptete der Betreibungsbeamte in seiner Vernehmlassung auf die Beschwerde der Rekurrenten, daß schon die Mitteilung der Fristansetzung dem Schuldner durch die Zuchthausverwaltung nicht werde bestellt werden. Allein abgesehen davon,

daß aus den Akten nicht ersichtlich ist, daß es wirklich zu einer derartigen Weigerung gekommen sei, hatte der Betreibungsbeamte zweifellos das Recht und die Pflicht, bei den der Verwaltung der Anstalt vorgesetzten Behörden die Bestellung von amtlichen Schriftstücken an den Insassen auf dem Beschwerdewege durchzusetzen. Eventuell wäre der Betreibungsbeamte offenbar berechtigt, die Zustellung nach Mitgabe von Art. 64, Alinea 2 des Betreibungsgesetzes durch Übergabe an einen Gemeinde- oder Polizeibeamten zu bewerkstelligen und es diesen zu überlassen, die persönliche Zustellung zu besorgen. Auf eine dieser Arten ist dem Schuldner zunächst, wenn dies nicht schon geschehen sein sollte, die Ansetzung der Frist zur Bestellung eines Vertreters und sobald diese abgelaufen ist, der Zahlungsbefehl mitzuteilen. Demgemäß liegt aber in dem Bescheid, den die kantonale Aufsichtsbehörde den Rekurrenten unterm 22. Januar 1897 erteilt hat, und durch den thatsächlich anerkannt wurde, daß der Schuldner, wenn er keinen Vertreter bezeichne, nicht betrieben werden könne, eine Rechtsverweigerung. Es ist derselbe deshalb aufzuheben und der Betreibungsbeamte anzuweisen, im Sinne der vorstehenden Ausführungen dem Betreibungsbegehren der Rekurrenten Folge zu geben.

Aus diesen Gründen hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer erkannt:

Der Rekurs wird begründet erklärt. Demgemäß wird der angefochtene Bescheid aufgehoben und das Betreibungsamt Chur angewiesen, in dem in den Erwägungen angegebenen Sinne vorzugehen.

---

61. *Arrêt du 23 février 1897 dans la cause Rubattel.*

I. Le préposé aux faillites de Cossonay avait rempli les fonctions d'administrateur de la faillite A. Fontannaz fils. Vu l'importance de cette faillite et les difficultés de sa liquidation, l'autorité inférieure de surveillance, par prononcé du 28 juillet 1896 et en application de l'art. 50 du Tarif fédéral du 1er mai 1891, alloua au préposé une somme de 3000 francs, débours non compris, pour honoraires non prévus au tarif et représentation de la faillite dans les affaires contentieuses.

L'autorité supérieure de surveillance ayant, à la suite de son inspection annuelle, demandé des explications touchant ce prononcé, l'autorité inférieure fit observer, entre autres, que la deuxième assemblée des créanciers, du 21 décembre 1894, n'avait pas encore été en état de fixer les honoraires de l'administrateur; que, les opérations de la faillite terminées, les commissaires n'estimèrent pas devoir convoquer, pour la détermination de ces honoraires, une assemblée spéciale; qu'ils approuvèrent simplement les notes présentées par l'administrateur et que l'autorité inférieure avait confirmé cette décision en se plaçant au point de vue de l'équité.

II. Par prononcé du 27 janvier 1897, l'autorité supérieure annula l'allocation d'honoraires du 28 juillet 1896 et invita le préposé à rembourser à la masse la somme qu'il avait touchée, soit à la distribuer aux créanciers perdants conformément à l'art. 269 de la loi sur la poursuite. L'autorité cantonale considérait, en effet, que ni le préposé, ni la commission de surveillance de la faillite n'avaient demandé à l'assemblée des créanciers un supplément d'honoraires et que la décision de l'autorité inférieure allait à l'encontre des circulaires fédérale, du 22 mars 1895, et cantonale, du 30 janvier 1895.

III. Le préposé a demandé au Tribunal fédéral de révoquer le prononcé de l'autorité supérieure. Lors de la seconde assemblée des créanciers, on n'a pas estimé pouvoir régler la question des honoraires extraordinaires. En tranchant plus tard cette question, l'autorité inférieure pouvait invoquer l'arrêté du Conseil fédéral du 12 mars 1895 publié par circulaire du Département fédéral de Justice et Police du 22 mars 1895. Par cet arrêté, le Conseil fédéral a statué que si, dans une liquidation de faillite, la seconde assemblée des créanciers n'a pas lieu, l'autorité de surveillance peut, sur la demande de l'administration de la faillite ou de la commission de surveillance, allouer elle-même les honoraires prévus à l'art. 50 du tarif pour vacations extraordinaires. En l'espèce, cette allocation d'honoraires par l'autorité inférieure se justifiait par analogie, vu l'absence d'une décision de l'assemblée. Elle devait être admise d'autant plus aisément que le dit art. 50

réserve, en cas de fixation d'un chiffre par l'assemblée, un recours à l'autorité de surveillance. La commission de surveillance, qui représente les créanciers, a d'ailleurs admis expressément cette manière de voir. Aucun des nombreux créanciers perdants ne s'est plaint. En clôturant la faillite, le juge a constaté que toutes les opérations avaient été régulières. — Au surplus, l'autorité cantonale de surveillance ne peut, en l'absence de toute plainte, casser, après plusieurs mois, une décision de l'autorité inférieure et imposer à l'administration de la masse la restitution d'une somme de 3000 francs. — En effet, l'autorité cantonale ne saurait agir qu'en vertu des art. 17 et 18 de la loi sur la poursuite ou en vertu de l'art. 15 de cette loi. Or, selon les art. 17 et 18, elle ne peut déployer son autorité qu'ensuite de plainte et jamais d'office. Et selon l'art. 15, elle ne peut infliger que des peines disciplinaires. Très subsidiairement, le recourant conclut à ce que la question des honoraires anxquels il a droit en vertu de l'art. 50 du tarif, soit soumise à une nouvelle assemblée de créanciers, spécialement convoquée à cet effet.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1. Aux termes de l'art. 1er du Tarif fédéral du 1er mai 1891, les autorités ne peuvent réclamer aux parties d'autres frais que ceux prévus par le dit tarif. Les prescriptions de ce dernier sont d'ordre public. Les autorités cantonales de surveillance, qui assurent leur observation, peuvent ainsi, en tout temps, rectifier les allocations de frais et d'émoluments qui paraissent contraires au tarif. C'est donc en vain que le recourant soutient que l'autorité vaudoise de surveillance n'avait le droit de prononcer ni en vertu de l'art. 14 de la loi sur la poursuite, ni en vertu de l'art. 18.

2. La décision de l'autorité inférieure de surveillance se fonde sur l'art. 50 du Tarif. Cet article stipule ce qui suit : « Il sera alloué, suivant les circonstances, à l'administration de la faillite et à la commission de surveillance, pour vacations non prévues au présent chapitre, des honoraires dont le chiffre sera fixé par l'assemblée des créanciers sous réserve du recours à l'autorité de surveillance. »

Dans l'espèce, les honoraires ont été alloués à l'administration non par l'assemblée des créanciers, mais par l'autorité inférieure. En conséquence, l'autorité supérieure avait le droit de dire que l'allocation intervenue n'était pas valable, en regard du texte clair et précis de l'art. 50 précité, et que, partant, la somme touchée par l'administration devait être distribuée entre les créanciers perdants.

3. Le recourant ne saurait invoquer, à l'appui de ses conclusions, l'arrêté du Conseil fédéral du 12 mars 1895. Il est vrai que, selon ce prononcé, l'autorité de surveillance peut allouer elle-même les honoraires de l'art. 50 du tarif « si la seconde assemblée des créanciers n'a pas lieu. » Mais cette compétence, exceptionnellement accordée à l'autorité de surveillance, ne peut, en présence des termes catégoriques de l'art. 50 être étendue par analogie au cas où, comme en l'espèce, la seconde assemblée a eu lieu.

4. Quant à savoir si une troisième assemblée de créanciers aurait pu être convoquée pour statuer sur l'allocation d'honoraires dont il s'agit, l'autorité fédérale n'a pas à trancher cette question. L'autorité supérieure cantonale ne l'a, en effet, pas discutée dans le prononcé dont est recours.

5. Enfin, si même l'autorité inférieure de surveillance eût été en droit d'allouer les dits honoraires, l'autorité supérieure, en révoquant cette allocation, n'a violé aucune disposition légale fédérale. Le tarif fédéral se borne à fixer le maximum des frais et émoluments exigibles. Les préposés aux poursuites dont les états de frais ont été réduits par l'autorité cantonale de surveillance, soit ensuite de plainte, soit d'office, ne sont pas recevables, ainsi que l'a décidé le Conseil fédéral, à recourir auprès de l'autorité fédérale de surveillance (Archives IV, 116). Le droit de recours doit, pour les mêmes raisons, être refusé, dans l'espèce, au préposé aux faillites, administrateur de faillite.

Par ces motifs, la Chambre des poursuites et des faillites

prononce :

Le recours est écarté.

62. Entscheid vom 2. März 1897 in Sachen Gut.

I. Für eine Forderung der Schwestern Jenni in Luzern von 329 Fr. 70 Cts. ist dem Kaspar Gut durch das Betreibungsamt Basel am 14. Oktober 1896 von seinem monatlichen Gehalt bei der Redaktion des „Basler Tagblattes" ein Betrag von 50 Fr. bis zum Belaufe von 420 Fr. gepfändet worden. Infolge Anschlusses eines andern Gläubigers wurde diese Pfändung auf 85 Fr. erhöht. Der erste Lohnabzug von 85 Fr. wurde unter die Gläubiger abschlagsweise verteilt, und es wurde dabei der zweite derselben gänzlich befriedigt, so daß die Pfändung noch für 50 Fr. per Monat fortbestand. Die Abzüge von November und Dezember sodann wurden in die Gerichtskasse einbezahlt. Nachdem hierauf die Gläubiger, Schwestern Jenni, am 7. Januar 1897 das Verwertungsbegehren gestellt hatten, ordnete das Betreibungsamt Basel die Versteigerung der noch nicht verfallenen Abzüge vom Januar bis Juni 1897 an. Hiegegen beschwerte sich der Schuldner bei der kantonalen Aufsichtsbehörde, weil es nicht angehe, daß gepfändete Lohnforderungen auf dem Wege der Versteigerung zur Verwertung gebracht würden. Der Schuldner liefe sonst Gefahr, den Betrag seiner Schuld mehrfach bezahlen zu müssen: Da nämlich der Erlös der Steigerung selten den Betrag des gepfändeten Lohnes erreichen werde, so werde der Schuldner dem Gläubiger gegenüber auch nicht für den ganzen Betrag derselben liberiert und könne für den nicht gedeckten Teil seiner Forderung neuerdings belangt werden, während der Erwerber der Lohnforderung diese ebenfalls ganz einkassiere. Die kantonale Aufsichtsbehörde wies jedoch die Beschwerde ab mit folgender Begründung:

„Es handelt sich in casu um die Art der Verwertung eines „noch nicht existenten gepfändeten Lohnguthabens. Über die Art „der Verwertung von Forderungen bestimmt Art. 122 des Be„treibungsgesetzes, daß solche verkauft werden. Der Verkauf ge„schieht nach Art. 125 auf dem Wege der öffentlichen Steigerung. „An Stelle dieser Versteigerung kann nach Art. 131 auf Ver„langen sämtlicher Gläubiger Anweisung der Forderung zum

„Nennwert an Zahlungsstatt oder zum Inkasso treten. Eine dritte „Art der Verwertung kennt das Gesetz nicht, namentlich kann, „wie das Bundesgericht in seinem Entscheide vom 11. Februar „1896 i. S. Sütterlin festgestellt hat, nicht auf Grund von „Art. 100 verlangt werden, daß das Betreibungsamt die ge„pfändeten Lohnbeträge jeweilen nach deren Verfall beim Dritt„schuldner einziehe und dieselben dann dem Kreditor zuweise, „denn Art. 100 beziehe sich lediglich auf das Stadium der „Pfändung und statuiert die Pflicht des Betreibungsamtes zur „Verwaltung und Erhaltung der Forderung. Für das Stadium „der Verwertung aber gelten einzig die Vorschriften von „Art. 122 ff.

„Es muß allerdings zugegeben werden, daß die Versteigerung „solcher Forderungen unter Umständen wie den in casu vorliegen„den für den Schuldner mißliche Folgen haben kann; die Ursache „dieses unbefriedigenden Zustandes liegt aber in erster Linie „darin, daß solche noch nicht existente Forderungen, die einen „Vermögenswert noch gar nicht darstellen, überhaupt gepfändet „werden können. Nachdem aber der Bundesrat (Archiv III, 56, „p. 134) erst künftigen, noch nicht verfallenen und noch nicht ver„dienten Lohn als pfändbar erklärt hat, müssen auch solche ge„pfändete Forderungen eben auf dem Wege verwertet werden, den „das Gesetz vorschreibt."

II. Gegen diesen Entscheid hat Kaspar Gut rechtzeitig an das Bundesgericht rekurriert. Unter wiederholtem Hinweis auf die Konsequenzen und die Härte der durch den Entscheid eingeführten Praxis beantragt er Aufhebung desselben. In einer Vernehmlassung vom 19. Februar 1897 bemerkt der Vertreter der Gläubiger, L. Widmer in Luzern, daß er „die Beschwerdeführung des Rekurrenten Gut voll und ganz teile," und daß seine Klientinnen sehr damit einverstanden seien, daß am Salair des Betriebenen monatliche Abzüge gemacht werden, wie dies auch überall praktiziert werde.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung:

1. Vorab ist festzustellen, daß der Entscheid der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer in Sachen Sütterlin, vom

11. Februar 1896, für die Beurteilung des vorliegenden Falles in keiner Weise präjudiziell ist. Dort handelte es sich um die Frage, ob die Verwertung von existenten Lohnguthaben, die nach Behauptung des Schuldners derselben einem Dritten zukamen, dadurch bewerkstelligt werden könne, daß der Betreibungsbeamte dieselben einzukassieren habe. Dagegen bezieht sich jener Entscheid nicht auf noch nicht verdienten Lohn, und es entscheidet derselbe deshalb die heute streitigen Fragen, ob und wie dieser zu verwerten sei, direkt jedenfalls nicht. Da aber ferner der tiefgreifende rechtliche und wirtschaftliche Unterschied zwischen bereits existent gewordenen Lohnguthaben und der Anwartschaft auf noch nicht verdienten Lohn nicht zu verkennen ist, so darf auch nicht etwa ohne weiteres gesagt werden, daß die Grundsätze, die Gesetz und Praxis für die Verwertung jener aufgestellt haben, auch für die Verwertung dieser gelten.

2. Allerdings nun ist, wie in der bundesrechtlichen Praxis feststeht, die Pfändung noch nicht verdienten Lohnes gemäß Art. 93 des Betreibungsgesetzes prinzipiell statthaft. Allein die Wirkungen einer solchen Pfändung sind durch die besondere Natur des Gegenstandes der Beschlagnahme eigenartig bedingt. Letzterer qualifiziert sich nicht als bereits existentes, sondern als ein bloß mögliches zukünftiges Vermögensrecht oder -objekt, welches erst in der Folge durch die persönliche Thätigkeit, die Arbeit, des Schuldners zur Existenz gebracht werden soll. Es besitzt daher hier der Gegenstand der Beschlagnahme einen festen, mit irgendwelcher Sicherheit objektiv bestimmbaren Wert einstweilen noch nicht, sondern er erwirbt diesen erst in dem Momente, wo der Lohn verdient und daher die Lohnforderung existent geworden ist. Daraus, aus dieser eigentümlichen Natur des Objektes der Pfändung folgt denn aber, daß dieses nicht sofort, sondern erst in demjenigen Momente, wo es zu einem festen, objektiv abschätzbaren Recht geworden ist, d. h. erst in demjenigen Momente, wo der Lohn verdient ist, verwertet werden darf und kann. Es springt in der That in die Augen, daß eine frühere Verwertung, sei es durch Versteigerung, sei es durch Überweisung an den Gläubiger der Natur des Verhältnisses und den Bedürfnissen des Lebens widersprechen würde. Insbesondere die Versteigerung noch nicht

verdienter, zukünftiger Lohnbetreffnisse würde, wie keiner weitern Ausführung bedarf, in der Praxis zu den größten Härten gegen den Schuldner, welcher unter Umständen den doppelten und dreifachen Betrag seiner Schuld bezahlen müßte, und schließlich auch zu Unzukömmlichkeiten für den Gläubiger führen. Ist das im voraus gepfändete Lohnguthaben einmal fällig geworden, so hat alsdann dessen Verwertung in der Regel einfach dadurch zu geschehen, daß das Betreibungsamt dasselbe einzieht (vgl. Art. 100 des Betreibungsgesetzes). Sofern dies, weil etwa das Guthaben nicht liquid ist, nicht geschehen kann, so hat dann allerdings die Versteigerung, oder, wenn der Gläubiger dies beantragt, die Überweisung an denselben gemäß den gesetzlichen Vorschriften über die Verwertung zu erfolgen. Im vorliegenden Fall nun steht nichts entgegen, daß die erstere, normale Art der Verwertung Platz greife, wie dies ja, wie vom Schuldner, so auch vom Gläubiger, der nur in diesem Sinne sein Verwertungsbegehren stellte, beantragt wird.

Aus diesen Gründen hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer erkannt:

Der Rekurs wird begründet erklärt und demgemäß die Versteigerung des gepfändeten Lohnguthabens des Rekurrenten untersagt.

---

63. *Arrêt du 9 mars 1897 dans la cause Ramseyer et consorts.*

I. — R. Ramseyer, Joseph Rondot, Joseph Ruffiot, Paul Buillard, A. Comte, G. Schrenk, et le Comptoir général des ébauches de la Chaux-de-Fonds, ont porté une plainte auprès de l'autorité supérieure de surveillance des offices de poursuite et de faillite du canton de Berne contre F. Beuret, à Saignelégier, administrateur de la faillite d'Albert Bolliger, ci-devant fabricant d'horlogerie au dit lieu.

Les plaignants prétendaient, entre autres, que l'inventaire dressé par l'office portait de l'horlogerie représentant une

valeur totale de 394 fr. 50, dont il n'était plus fait mention dans le tableau de distribution et dans le compte final.

Dans son prononcé du 18 décembre 1896, l'autorité bernoise de surveillance constata ce qui suit : Toute l'horlogerie que comprenait l'actif de la masse Bolliger se composait de trois lots différents. Un premier lot englobait les débris sauvés d'un incendie. Un deuxième lot comprenait des cartons de montres détenus par divers ouvriers de Bolliger et évalués 224 fr. 50. Enfin, un troisième lot se composait de douze cartons remis pendant la faillite à l'administrateur et qui paraissent valoir 142 fr. 50. Le tableau de distribution ne fait plus mention de ces trois lots parce qu'ils ne figuraient plus dans l'actif de la masse. En effet, le premier lot avait été envoyé à la Compagnie d'assurances « La Bâloise. » Quant aux deux autres lots, ils avaient été remis au failli. Ce dernier a signé, le 25 septembre 1896, une quittance produite par Beuret, de laquelle il résulte que Bolliger a reçu « toute l'horlogerie existant lors de l'incendie, sauf celle remise aux experts. » Ainsi Beuret aurait remis à Bolliger, comme objets insaisissables, de l'horlogerie estimée en tout 224 fr. 50 plus 142 fr. 50, soit 367 fr.

Les plaignants reprochaient ensuite à Beuret d'avoir versé à Bolliger une somme de 300 francs à titre de subside.

L'autorité cantonale a constaté que Bolliger avait reçu ainsi 667 francs, soit 367 francs en horlogerie et 300 francs en espèces, mais elle a reconnu que ce n'était pas à elle à statuer d'abord sur la question de savoir si ce subside était exagéré ou non et qu'il s'agissait d'une simple question de fait laquelle, aux termes de la loi bernoise d'introduction, devait être tranchée en première instance par le Président du tribunal des Franches-Montagnes.

Enfin, les plaignants soulevaient des griefs contre deux états de frais présentés par Beuret.

Sur ce point, l'autorité bernoise de surveillance condamne l'administrateur à restituer à la masse, conformément à la loi, la somme de 126 fr. 55 qu'il avait perçue de trop pour ses honoraires.

II. — Les plaignants ont déféré cette décision au Tribunal fédéral. Ils ont conclu à ce qu'il plût au tribunal :

1° *a*) ordonner à l'administration de la masse Bolliger d'avoir à procéder à la vente des deux lots d'horlogerie appartenant à la masse et à en rendre compte ;

1° *b*) éventuellement, pour le cas où Beuret se serait défait de cette horlogerie, le condamner à en verser la valeur à la masse ;

2 *a*) ordonner que le total formé par le produit de la vente demandée sous 1*a*, ou de la restitution demandée sous 1*b*; par la somme de 126 fr. 55, au remboursement de laquelle l'administrateur a été condamné, et par la somme qu'il pourrait encore être condamné, par l'autorité de surveillance compétente, à restituer sur le montant des subsides versés en espèces, sera répartie entre les créanciers recourants au prorata et jusqu'à concurrence de leurs créances augmentées des frais, le surplus seul, s'il y en a, devant être réparti entre les autres créanciers de la faillite.

2° *b*) éventuellement, en cas de rejet des conclusions prises sous 2*a*, ordonné que, préalablement à la répartition entre les créanciers de la faillite des sommes énumérées sous 2*a*, il en sera prélevé le montant des frais que les recourants ont faits pour poursuivre le versement ou la restitution de ces sommes à la masse, ainsi que la rectification de l'état de distribution et du compte final.

A l'appui de ces conclusions, les recourants développent les arguments suivants : C'est à tort que l'autorité cantonale envisage l'horlogerie disparue comme faisant partie du subside fourni au failli à teneur de l'art. 229 de la loi sur la poursuite. L'assistance accordée au failli d'après cet article ne saurait être un subside en nature. Elle ne peut être fournie qu'en espèces. L'administration de la faillite ne saurait, à côté des objets énumérés limitativement à l'art. 92, soustraire à la liquidation encore une autre catégorie d'objets. Il est vrai que rien n'empêche le failli d'employer son subside à racheter certains objets faisant partie de la masse. Mais l'administrateur ne pourrait les lui céder par une vente de gré à

gré qu'avec l'assentiment des créanciers. A défaut de cet assentiment, la vente aux enchères serait de rigueur. Beuret n'était pas autorisé à vendre de gré à gré. Il l'était donc encore bien moins à céder sans vente une partie de l'actif du falli. En tout cas, l'autorité cantonale de surveillance devait statuer sur la remise de marchandises faite par Beuret à Bolliger. La quittance donnée par Bolliger à l'administrateur et datée du 25 septembre 1896 ne saurait suffire à la décharge de Beuret. Les plaignants contestent enfin l'évaluation que l'autorité cantonale a fait des deux lots d'horlogerie en question.

C'est également à tort, poursuivent-ils, que l'autorité cantonale de surveillance entend que les 126 francs dont Beuret devra opérer restitution seront répartis entre tous les créanciers et non pas seulement entre les plaignants et qu'il n'en sera pas non plus déduit, au préalable, le montant des frais faits par les plaignants, ainsi que ceux-ci l'ont demandé à titre subsidiaire. Cette solution, qui est contraire à l'équité, puisque les plaignants se trouvent ainsi punis de leur diligence, est également contraire à la loi. L'art. 269 LP., invoqué sur ce point par l'arrêt du 18 décembre, n'est applicable ni directement, ni par analogie. Il ne concerne que la répartition des biens qui, ayant échappé à la liquidation, sont découverts après faillite clôturée. Au surplus, il n'y a aucune analogie entre le cas de l'art. 269 et l'espèce actuelle. L'art. 269 contient une injonction aux offices des faillites, mais non pas aux créanciers. Il ne met pas les créanciers qui auraient connaissance de nouveaux biens dans la nécessité de faire des frais pour arriver à les faire distribuer. En revanche, les art. 261 LP. et suivants, forcent le créancier qui a connaissance d'une irrégularité dans le compte final et le tableau de distribution à procéder par voie de recours pour en obtenir la régularisation. Il est vrai que c'est par voie de recours et non, comme lorsqu'il conteste l'état de collocation, par action judiciaire qu'il doit agir. Mais cette différence de procédure ne saurait motiver l'abandon du principe que la loi pose à l'art. 250, al. 3. Si, par voie de recours

contre le compte final et le tableau de distribution, un créancier parvient à faire rapporter à la masse une somme que l'administrateur a distraite à tort, il n'y a aucun motif d'admettre que la loi veuille appliquer une autre règle que celle de l'art. 250, al. 3. D'ailleurs, le principe d'où procède l'art. 250, al. 3, se retrouve à l'art. 260, al. 2. Dans tous les cas, il y aurait lieu de considérer les frais faits par les plaignants comme une dette de la masse. Cette dette devrait être payée, conformément à l'art. 262, par prélèvement sur la somme qui rentre dans la masse ensuite des mesures prises par les plaignants. Ceux-ci seraient alors au bénéfice des art. 469 et suivants du Code fédéral des obligations.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1. — En vertu de l'art. 229, al. 2, de la loi sur la poursuite, l'administration d'une faillite est autorisée à allouer au failli une « assistance équitable. »

La question de savoir si l'administration peut, à titre d'assistance, abandonner au failli des objets que ce dernier était occupé à perfectionner par son travail est une question d'opportunité. Il se peut fort bien que l'administration agisse sagement en remettant au failli, au lieu d'un subside en espèces, des objets auxquels son travail donnera vraisemblablement une valeur supérieure et dont, à l'état inachevé, la masse ne pourrait tirer qu'un prix peu considérable.

Or cette question d'opportunité ressort à l'appréciation souveraine des autorités cantonales de surveillance. L'autorité fédérale ne pourrait en être nantie que si la solution adoptée par l'instance cantonale non seulement n'était pas justifiée en fait (art. 17 LP.), mais impliquait un déni de justice (art. 19, al. 2 LP.) En l'espèce, rien ne permet de supposer qu'un déni de justice existe.

En renvoyant la plainte à l'autorité inférieure de surveillance et en chargeant cette dernière de dire si les subsides alloués, en l'espèce, par l'administrateur étaient exagérés ou non, l'autorité supérieure bernoise a entendu se conformer à la loi cantonale d'application. Le tribunal de céans n'a donc pas à se prononcer sur ce renvoi.

2. — La seule demande des recourants que la Chambre

des poursuites ait encore à examiner est celle touchant l'attribution de la somme de 126 fr. 50 que l'administrateur a été condamné, par le prononcé du 18 décembre 1896, à restituer à la masse.

Cette demande est mal fondée.

En effet, l'art. 250, al. 2, de la loi sur la poursuite, ne vise que la dévolution du produit d'une action en contestation de l'état de collocation. Et l'art. 260 concerne seulement le produit des actions que la masse avait renoncé à faire valoir et qu'elle avait cédées, à leur requête, à certains créanciers. Les règles établies par ces articles ne sauraient s'imposer, par analogie, dans le cas, si différent, de l'espèce actuelle, où il s'agit d'une somme que l'administrateur avait perçue au delà du tarif et qu'il a été astreint à restituer.

L'autorité fédérale de surveillance n'a d'ailleurs pas à rechercher si la décision de l'autorité cantonale a été rendue contrairement au Code des obligations (art. 19 LP.).

Par ces motifs,

la Chambre des poursuites et des faillites

prononce :

Le recours est écarté.

---

64. Entscheid vom 16. März 1897 in Sachen Bloch.

I. Der in Basel domizilierte Pferdehändler Philipp Bloch hat in der zum Kanton Basellandschaft gehörenden Gemeinde Birsfelden vier Ställe gemietet, in die er einen Teil seiner Pferde einzustellen pflegt. Infolge dessen wurde er in Baselland mit Staats- und Gemeindesteuern belegt. Am 2. Januar 1897 erließ das Betreibungsamt Arlesheim auf Begehren des den Kanton Baselland vertretenden Gemeinderates von Birsfelden an Bloch für rückständige Staatssteuern im Betrage von 198 Fr. 50 Cts. einen Zahlungsbefehl, adressiert Hauptstraße 280 in Birsfelden. Dieser Zahlungsbefehl wurde dem Schuldner durch die Post zugestellt. Nachdem ein von demselben erhobener Rechtsvorschlag durch das Bezirksgerichtspräsidium Arlesheim beseitigt worden war, sandte

das dortige Betreibungsamt unterm 9. Februar 1897 dem Bloch unter der gleichen Adresse, Hauptstraße 280 in Birsfelden, eine Pfändungsankündigung zu. Diese wurde zu Handen des Schuldners dem Wirte zum Bären daselbst abgegeben, der sie dann an erstern gelangen ließ.

II. Unterm 13. Februar 1897 beschwerte sich namens des Bloch Advokat Dr. Fischer in Basel bei der kantonalen Aufsichtsbehörde von Basellandschaft gegen das Betreibungsamt Arlesheim, weil dieses zur Betreibung nicht zuständig gewesen sei und weil eine gesetzmäßige Zustellung der Pfändungsankündigung nicht stattgefunden habe; es sei demnach die angekündete und seither vollzogene Pfändung gesetzwidrig. Die kantonale Aufsichtsbehörde wies die Beschwerde ab, indem sie im wesentlichen ausführte: a. Betreffend die Form der Zustellung der Pfändungsankündigung: Aus einem Schreiben des Postbureau Birsfelden gehe hervor, daß Philipp Bloch, als ihm der Zahlungsbefehl für die Staatssteuer durch den Briefträger angelegt wurde, diesen angewiesen habe, den gelben Zettel (die Pfändungsankündigung) dem Eigentümer des Gasthofes zum Bären abzugeben, welcher Weisung der Briefträger nachgekommen sei. Demnach sei die Zustellung nach Art. 66, erstem Absatz des Betreibungsgesetzes erfolgt. b. Betreffend den Betreibungsort: Art. 46 des Betreibungsgesetzes beziehe sich nicht auf die im öffentlichen Rechte begründeten Steuerforderungen, die, wie das Bundesgericht in Sachen der Aktienmühle Basel und Augst am 3. März 1896 ausgesprochen habe, ohne Rücksicht auf das Domizil des Schuldners, in dem Kanton vollstreckt werden könnten, in dem sie aufgelegt worden sind.

III. Diesen Entscheid hat namens des Bloch Dr. Alfred Fischer rechtzeitig an das Bundesgericht weitergezogen. Er stellt den Antrag, es sei die vom Gemeinderat Birsfelden für eine Steuerforderung von 198 Fr. 50 Cts. eingeleitete Betreibung (Nr. 16,990) als ungesetzlich aufzuheben und stützt denselben auf die bereits vor der kantonalen Aufsichtsbehörde geltend gemachten Gründe, denen er im wesentlichen mit Rücksicht auf den Vorentscheid folgendes beifügt:

a. Betreffend die Form der Zustellung: Es werde bestritten, daß der Schuldner den Bärenwirt zu Birsfelden mit der Entgegennahme von Betreibungsurkunden beauftragt und dem Postbeamten entsprechende Weisung erteilt habe.

b. Betreffend den Betreibungsort: Wenn auch in Sachen der Aktienmühle Basel und Augst vom Bundesgericht erkannt worden sei, daß Art. 46 des Betreibungsgesetzes sich ebenso wie Art. 59 der Bundesverfassung nur auf privatrechtliche Ansprüche beziehe, während die Exekution von Forderungen öffentlich-rechtlicher Natur dem kantonalen Rechte unterworfen bleibe, so könne doch von einer feststehenden bundesrechtlichen Praxis noch nicht gesprochen werden. Jene Auffassung stehe nun aber im Widerspruch mit den Bestimmungen des Betreibungsgesetzes. Abgesehen davon, daß die im Entwurf vom 23. Februar 1886 vorgesehene Anlehnung an den Art. 59 der Bundesverfassung im letzten Entwurfe, gewiß nicht ohne Absicht, fallen gelassen worden sei, müsse man sich doch fragen, wieso der Gesetzgeber dazu gekommen sein sollte, in Art. 43 genauere Vorschriften über die Art der Betreibung bei Steuerforderungen zu treffen, wenn das Exekutionsverfahren für solche Ansprüche vom kantonalen Rechte beherrscht sein sollte. Jedenfalls aber könnte sich die Zwangsvollstreckung öffentlich-rechtlicher Ansprüche nur dann nach kantonalem Rechte richten, wenn darüber besondere kantonale Bestimmungen bestünden, oder wenn doch wenigstens das eidgenössische Betreibungsgesetz für kantonalrechtliche Schulderekutionen für anwendbar erklärt wäre, was für Baselland nicht zutreffe. Und das gehe doch nicht an, daß die Kantone das eidgenössische Betreibungsgesetz ohne irgend einen Erlaß für kantonalrechtliche Betreibungen verwendeten, soweit es eben passe, und wo es nicht mehr ausreiche, durch Willkürakte ersetzten. Ebensowenig gehe es an, daß die unter eidgenössischer Aufsicht stehenden Betreibungsämter solche kantonalrechtlichen Betreibungen annehmen und zur Ausführung bringen, die in ihrem ganzen Verfahren den Bestimmungen des eidgenössischen Betreibungsgesetzes Hohn sprechen. Die gegenteilige Auffassung würde einen Zustand völliger Rechtslosigkeit schaffen: die Einheit des Betreibungsortes falle dahin und ein eidgenössischer Rechtsschutz gegen die doppelte Betreibung sei nicht denkbar. Alle diese Konsequenzen müßten zur Unhaltbarkeit der Annahme, daß neben dem eidgenössischen ein kantonales Betreibungsrecht bestehe und weiter zur Überzeugung führen, daß das Betreibungsgesetz die Exekution aller Arten von Geldforderungen erschöpfend regeln wollte. Und wenn der Gesetzgeber den Art. 46 nicht auch für Forderungen öffentlich-rechtlicher

Natur hätte gelten lassen wollen, so hätte er doch kaum unterlassen, dies ausdrücklich festzusetzen, wie er auch über die Art der Betreibung spezielle Normen aufgestellt habe. Was endlich den Einwand betreffe, daß Steuerforderungen des Nachbarkantons im Wohnsitzkanton des Steuerpflichtigen nicht auf dem Wege der Rechtsöffnung exequiert werden könnten, so sei darauf zu bemerken, daß doch der Verfolgung im gewöhnlichen Civilprozeßverfahren nichts entgegenstehe für den Fall, daß eine Realisierung im eigenen Kanton durch Arrestlegung, wie es der Kanton Baselstadt zu machen pflege, nicht möglich sein sollte.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung:

1. Der Rekurrent hat es unterlassen, gegen den vom Betreibungsamt Arlesheim an ihn erlassenen Zahlungsbefehl vom 2. Januar 1897 rechtzeitig Beschwerde zu erheben. Damit hat er aber die Zuständigkeit des genannten Betreibungsamtes zur Anhebung und Durchführung der fraglichen Steuerbetreibung anerkannt, und es erscheint deshalb die erst bei Anlaß der Pfändungsankündigung erhobene Beschwerde als verspätet.

2. Abgesehen hievon führt auch eine erneuerte einläßliche Prüfung der Frage zu dem Schlusse, daß der Anhebung der Betreibung durch das Betreibungsamt Arlesheim Art. 46, Alinea 1 des Betreibungsgesetzes nicht entgegengehalten werden kann. Zwar gehen die Erwägungsgründe, die dem die Frage lösenden Entscheide der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer in Sachen der Aktienmühle Basel und Augst vom 3. März 1896 (Amtliche Sammlung Bd. XXII, S. 332) beigegeben sind, zu weit, wenn darin gesagt wird, die Zwangsvollstreckung öffentlich-rechtlicher Ansprüche sei Sache des kantonalen Rechts. Es ist im Gegenteil festzustellen, daß auch für solche Ansprüche grundsätzlich die Bestimmungen des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs und zwar als eidgenössisches Recht gelten. Daß dem Bunde die verfassungsmäßige Befugnis, auch die Zwangsvollstreckung öffentlich-rechtlicher Forderungen einheitlich zu ordnen, zustand, ergibt sich daraus, daß demselben in Art. 64, Lemma 5 der Bundesverfassung die Gesetzgebung über das Betreibungsverfahren und das Konkursrecht ohne allen Vorbehalt zugewiesen wurde, in Verbindung damit, daß auch vorher wohl in den meisten Kantonen die Zwangsvoll-

streckung öffentlich-rechtlicher Ansprüche, im allgemeinen wenigstens, im gleichen Verfahren zu suchen war, wie diejenige von privatrechtlichen Ansprüchen. Daß aber der eidgenössische Gesetzgeber dieses Gebiet durch das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs auch wirklich vereinheitlichen wollte, ergibt sich schon daraus, daß in Art. 43 desselben die Art der Betreibung für derartige Forderungen bestimmt und daß derselben bei der Normierung des Rechtsöffnungsverfahrens in Art. 80, Absatz 2, litt. c besonders gedacht ist, wie denn auch der für das sachliche Geltungsgebiet des Betreibungsgesetzes im allgemeinen maßgebende Art. 38 desselben den Weg der Schuldbetreibung ohne Einschränkung für alle Zwangsvollstreckungen vorschreibt, welche auf eine Geldzahlung oder eine Sicherheitsleistung gerichtet sind. Dies wird vollends bestätigt durch folgende Betrachtung: Im bundesrätlichen Entwurfe vom 23. Februar 1886 war die Betreibung für öffentliche Abgaben, sowie für andere im öffentlichen Rechte begründete Geldleistungen zu Gunsten der Eidgenossenschaft, eines Kantons oder einer Gemeinde unter dem Titel „Besondere Bestimmungen betreffend einzelne Arten von Forderungen" zusammenfassend in einem besondern Artikel (193) geregelt, und zwar dahin, daß diese Betreibung stets auf dem Wege der Pfändung erfolge, daß darauf die Bestimmungen des I. und II. Titels des zweiten Buches (Allgemeine Bestimmungen und Betreibung auf Pfändung und Pfandverwertung) anwendbar seien, daß jedoch den Kantonen das Recht vorbehalten bleibe, die Zulassung des Rechtsvorschlages an gewisse Bedingungen zu knüpfen und so weiter. Es war somit ausdrücklich ausgesprochen, daß für solche Forderungen ebenfalls die Bestimmungen des Betreibungsgesetzes, wenn auch mit einigen Modifikationen, gelten sollten. Freilich ist nun im Laufe der Beratung des Gesetzes die zusammenfassende Ordnung der Betreibung für öffentlich-rechtliche Forderungen aufgegeben und es sind ferner nur noch die Abweichungen vom gewöhnlichen Verfahren beibehalten worden, während die Vorschrift, daß die allgemeinen Bestimmungen über die Schuldbetreibung und diejenigen über die Betreibung auf Pfändung und Pfandverwertung hier anwendbar seien, dahin gefallen ist. Allein, wenn man die Abweichungen beibehielt, so kann die Weglassung der im übrigen das gewöhnliche Verfahren für anwendbar erklärenden Vorschrift nur darin ihren Grund

haben, daß diese für überflüssig gehalten wurde. Daß man ohne anderes annahm, es solle sich das Betreibungsgesetz auch auf öffentlich-rechtliche Forderungen beziehen, wird übrigens dadurch erhärtet, daß im Schoße der nationalrätlichen Kommission der Antrag gestellt, aber allerdings abgelehnt wurde, es seien die Steuerforderungen des Bundes, der Kantone und der Gemeinden für das letzte Jahr zu privilegieren (vergl. den gedruckten Protokollauszug, S. 72).

3. Nichtsdestoweniger ist daran festzuhalten, daß Art. 46, Al. 1 des Betreibungsgesetzes, wo als ordentlicher Betreibungsort der Wohnsitz des Schuldners bezeichnet ist, für Forderungen öffentlich-rechtlicher Natur nicht gilt, soweit es sich wenigstens um interkantonale Verhältnisse, d. h. um Forderungen eines Kantons oder einer Gemeinde an einen außerhalb des betreffenden Kantons domizilierten Schuldner handelt. Zwar spricht die allgemeine Fassung der Bestimmung gegen die Zulassung einer derartigen Ausnahme. Der an sich klare Wortlaut einer Gesetzesvorschrift kann jedoch für deren Auslegung dann nicht ohne weiteres maßgebend sein, wenn sich nach Mitgabe anderer Vorschriften des nämlichen Gesetzes, in die sich eine einzelne Bestimmung doch organisch einfügen muß, daraus Konsequenzen ergeben würden, die mit dem Zwecke des Gesetzes oder mit den Anforderungen einer geordneten Rechtspflege überhaupt im Widerspruch stehen. Dies trifft aber im vorliegenden Falle zu. Da nämlich nach Art. 80, Alinea 2, gestützt auf die über öffentlich-rechtliche Verpflichtungen (Steuern u. s. f.) ergangenen Beschlüsse und Entscheide der Verwaltungsorgane nur innerhalb des Kantonsgebiets, in dem sie erlassen worden sind, Rechtsöffnung verlangt werden kann, so würde eine derartige Forderung gegenüber einem nicht im Kantone domizilierten Schuldner, der dieselbe bestreiten würde, wenn nicht immer, so doch sehr oft überhaupt nicht nur zur Exekution gebracht werden können, wenn diese am Wohnsitze des Schuldners nachgesucht werden müßte. Denn den Rechtsvorschlag durch Rechtsöffnung zu beseitigen, wäre dem Gläubiger nach der erwähnten Bestimmung in Art. 80, Alinea 2 des Betreibungsgesetzes verwehrt, und der — vom Rekurrenten empfohlene — Ausweg, die Forderung im gewöhnlichen Civilprozeßverfahren zur Anerkennung zu bringen, wird, in der Regel wenigstens, blos bis zu einer Inkompetenzerklärung der Civil-

(oder Administrativ-) Behörden des Wohnsitzkantons führen. Die Konsequenz, daß solche Forderungen einem nicht im Kanton domizilierten, renitenten Schuldner gegenüber überhaupt nicht exequiert werden könnten, läßt sich nur vermeiden, und ein Einklang zwischen den Vorschriften des Art. 46, Alinea 1 und Art. 80, Alinea 2 des Betreibungsgesetzes wird nur erzielt, wenn angenommen wird, daß sich die erstere Bestimmung auf die Eintreibung von derartigen Forderungen gegenüber einem außerhalb des Kantons domizilierten Schuldner überhaupt nicht beziehe. Es ist zwar nicht zu leugnen, daß dieser Annahme gewisse Bedenken entgegen stehen; namentlich wird dadurch eine Ausnahme von dem sonst im Gesetze im allgemeinen zur Anwendung gebrachten Grundsatze der Einheitlichkeit des Verfahrens geschaffen. Anderseits aber kann für die Richtigkeit derselben auf die Genesis der Bestimmung in Art. 46, Alinea 1 verwiesen werden. Letztere lautete im bundesrätlichen Entwurfe vom 23. Februar 1886 (Art. 55, Alinea 1): „Für persönliche Ansprachen an einen aufrecht stehenden, in der „Schweiz wohnenden Schuldner ist das Betreibungsbegehren beim „Betreibungsamte des Wohnortes des Schuldners anzubringen.“ Schon nach der Formulierung ist die Anlehnung der Bestimmung an Art. 59 der Bundesverfassung in die Augen springend. Man wollte also im Betreibungsgesetz den Gerichtsstand des Wohnortes des Schuld.ners für die Eintreibung von Forderungen im gleichen Umfange festsetzen, wie er in der Bundesverfassung bereits statuiert war Und es erklärte denn auch der Bundesrat in seiner Botschaft zum Gesetzesentwurfe (Seite 60) diesbezüglich: „Die Vorschriften über „Gerichtsstand und Kompetenz (Art. 55 ff.) schließen sich genau „an das Bundesrecht und die bisherige staatsrechtliche Praxis der „Bundesbehörden in diesem Gebiete an.“ Die bundesrechtliche Praxis ging nun aber, und geht heute noch dahin, daß sich der Schuldner öffentlich-rechtlicher Forderungen auf die in Art. 52 der Bundesverfassung ausgesprochene Garantie des Gerichtsstandes des Wohnsitzes nicht berufen könne, daß vielmehr ein jeder Kanton befugt sei, derartige Forderungen auf seinem Gebiete zur Anerkennung und zur Realisierung zu bringen (vergl. z. B. bundesgerichtliche Entscheide in Sachen Holliger, Amtliche Sammlung, Bd. X, S. 458; in Sachen Siegwart, Amtliche Sammlung, Bd. XVII, S. 364 und in Sachen Meyer, Amtliche Sammlung,

Bd. XVIII, S. 28). Bezieht sich aber danach Art. 59 der Bundesverfassung nur auf privatrechtliche Forderungen, so konnte auch dem daran sich anschließenden Art. 55, Alinea 1 des bundesrätlichen Entwurfes zum Betreibungsgesetz eine weitergehende Bedeutung nicht beigemessen werden wollen. Allerdings ist nun die ursprüngliche Fassung der in Frage stehenden Bestimmung nicht beibehalten, sondern es ist dieser eine allgemeine mit Art. 59 der Bundesverfassung sich nicht mehr deckende Redaktion gegeben worden. Allein der Grund der Änderung lag nicht in der Absicht, der Bestimmung einen weitern Inhalt zu verleihen, sondern in dem Bestreben, die Ausdrucksweise klarer zu gestalten (siehe das gedruckte Protokoll der ständerätlichen Kommission, S. 70). Um so unbedenklicher darf nach diesen Vorgängen erklärt werden, daß Art. 46, Alinea 1 des Betreibungsgesetzes auf die Eintreibung öffentlich-rechtlicher Forderungen gegenüber einem außerhalb des Kantons domizilierten Schuldner nicht zutreffe, und daß diese Bestimmung nicht verletzt ist, wenn für eine derartige Forderung die Betreibung im Kanton, wo sie entstanden ist, angehoben wird. Es erscheint somit der Rekurs, soweit er auf eine Verletzung der erwähnten Gesetzesbestimmung abstellt, in der That auch materiell als unbegründet.

4. Die Beschwerde wegen unrichtiger Zustellungsart ist durch die Vorinstanz deshalb abgewiesen worden, weil der Schuldner den Wirt zum Bären in Birsfelden zur Abnahme der Pfändungsurkunde an seiner Stelle besonders bezeichnet habe. Durch diese thatsächliche Feststellung ist die Frage auch für das Bundesgericht erledigt. Denn die bloße Bestreitung derselben durch den Rekurrenten vermag eine Überprüfung durch die oberste Instanz nicht zu rechtfertigen, und sobald davon ausgegangen wird, so hat die Zustellung nach Art. 66 des Betreibungsgesetzes gültig an den bestellten Vertreter erfolgen können.

Aus diesen Gründen hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer

erkannt:

Der Rekurs wird abgewiesen.

Lausanne. — Imp. Georges Bridel & Cie

A. STAATSRECHTLICHE ENTSCHEIDUNGEN

ARRÊTS DE DROIT PUBLIC

Erster Abschnitt. — Première section.

Bundesverfassung. — Constitution fédérale.

I. Rechtsverweigerung. — Déni de justice.

65. Urteil vom 8. April 1897 in Sachen Studer.

A. Das bernische Gesetz über die Einkommenssteuer vom 18. März 1865, nach dem vorab in erster Klasse das Berufseinkommen zur Steuer herangezogen wird, steht in § 12 als Grundlage der Taxation eine der Gemeindeschatzungskommission einzureichende Schatzungserklärung des Steuerpflichtigen vor. Gibt dieser die Erklärung binnen festgesetzter Frist und, nach wiederholter Aufforderung, innert fünf Tagen nicht ab, so wird sein Einkommen von der Gemeindeschatzungskommission nach Ermessen abgeschätzt, und der Pflichtige geht des Rechts, gegen diese Abschätzung Einspruch zu erheben, verlustig (§ 14). Für den andern Fall schreibt § 15 vor: „Hegt die Gemeindeschatzungskommission oder der kontrollierende Finanzbeamte Zweifel gegen die Richtigkeit der Angaben eines Steuerpflichtigen, so kann die erstere denselben persönlich vorbescheiden und über seine Einkommensverhältnisse

einvernehmen. Weigert sich der Vorbeschiedene, vor der Kommission zu erscheinen oder ihr die sachgemäßen Aufschlüsse zu erteilen, oder verweigert er, sei es die sachgemäßen Aufklärungen zu geben, sei es, auf Verlangen der Kommission, die Richtigkeit seiner Angaben durch ein Handgelübde zu bekräftigen, oder erscheinen dieser die von demselben gegebenen Aufklärungen nicht genügend, so ist die Kommission berechtigt, die zu versteuernde Summe nach ihrem Ermessen zu erhöhen. Das Recht, gegen diese Abschätzung Einsprache zu erheben (§ 18), verwirkt der Steuerpflichtige, wenn er der Aufforderung der Kommission, sich vor ihr über seine Angaben zu rechtfertigen, nicht Folge geleistet hatte." Die nächsthöhere Instanz ist die Bezirkssteuerkommission, die nach § 23 des Gesetzes „die erhobenen Einsprachen zu untersuchen und zu beurteilen" hat. Gegen einen Entscheid dieser Kommission endlich ist ein Rekurs an den Regierungsrat, bezw., für Beträge unter 50 Fr., an die Finanzdirektion vorgesehen, welche Behörden darüber endlich zu urteilen haben.

B. Die im Handelsregister als Kollektivgesellschaft eingetragene Firma B. und W. Studer, Apotheker, in Bern, reichte für das Jahr 1896 rechtzeitig eine Schatzungserklärung über ihr versteuerbares Einkommen ein, worin sie dasjenige erster Klasse auf 6800 Fr. angab. Die Schatzungskommission der Gemeinde Bern erhöhte jedoch diesen Betrag, ohne daß die Steuerpflichtigen zuvor einvernommen worden wären, auf 9000 Fr. Hiegegen erhoben B. und W. Studer Einsprache bei der Bezirkssteuerkommission, wobei sie die Einsichtnahme ihrer Bücher anerboten. Ohne daß von diesem Anerbieten Gebrauch gemacht wurde und auch ohne eine nähere Befragung oder Einvernahme der Steuerpflichtigen, wies die genannte Kommission die Einsprache ab. In einem Rekurs an den Regierungsrat, vom 7. August, bestritten B. und W. Studer sowohl die materielle Richtigkeit der Taxierung, als auch protestierten sie dagegen, daß sie weder vor die Steuerbehörden citiert, noch sonst in die Möglichkeit versetzt worden seien, die Richtigkeit ihrer Angaben nachzuweisen. Der Antrag ging auf Reduktion der Schatzungssumme auf 6800 Fr. Am 31. Dezember 1896 erklärte der Regierungsrat des Kantons Bern den Rekurs „gestützt auf das eingeholte Gutachten der Centralsteuerkom-

mission" insoweit für begründet, als die angefochtene Einschätzung auf 7500 Fr. herabgesetzt wurde.

C. Gegen diesen Entscheid hat Namens der Firma B. und W. Studer Fürsprecher Dr. Rüfenacht in Bern rechtzeitig den Rekurs an das Bundesgericht ergriffen mit den Anträgen:

1. Es sei derselbe, soweit dadurch der Rekurs der Rekurrenten vom 7. August 1896 als nicht begründet erklärt wurde, aufzuheben; eventuell

2. es seien auch die Verfügungen der Gemeindeschatzungskommission und der Bezirksteuerkommission aufzuheben;

3. es sei der Regierungsrat einzuladen, falls die Zweifel gegen die Richtigkeit der Selbsteinschatzung der Rekurrenten noch vorhanden seien, die Einvernahme derselben über ihre Einkommenssteuerverhältnisse zu veranlassen.

Die Höhertaxation sei, wird ausgeführt, materiell unbegründet und beruhe ferner auf einem gesetzwidrigen Verfahren, da nach § 15 des Gesetzes eine Erhöhung der Selbstschatzung nach dem Ermessen der Schatzungsbehörde nur unter gewissen Bedingungen eintreten dürfe, von denen hier keine zugetroffen sei: die Rekurrenten seien nicht vorbeschieden, und es sei überhaupt von ihnen keinerlei nähere Auskunft verlangt worden, ja nicht einmal von ihrem Anerbieten der Untersuchung der Bücher habe man Gebrauch gemacht. Dieses ungesetzlichen Verfahrens hätten sich sowohl die Gemeinde-, als auch die Bezirksteuerkommission schuldig gemacht, und, was den Regierungsrat betreffe, so hätte er die Pflicht gehabt, in dieser Richtung Remedur eintreten zu lassen. Durch die angefochtenen Verfügungen und Entscheide würden verfassungsmäßige Rechte der Rekurrenten verletzt; es enthielten dieselben nämlich eine Rechtsverweigerung und eine Verletzung des Grundsatzes der Gleichheit der Bürger vor dem Gesetze.

D. Der Regierungsrat des Kantons Bern bemerkt in seiner Vernehmlassung vom 24. März 1897 vorerst, daß die Vorbescheidung des Steuerpflichtigen vor die Gemeindesteuerkommission und die Einvernahme durch dieselbe verfassungsrechtlich nicht garantiert sei, so daß die Unterlassung dieser Maßregel jedenfalls nicht als Verfassungsverletzung betrachtet werden könne. Aber auch gesetzlich

sei ein Recht des Steuerpflichtigen auf Vorladung und Einvernahme nicht statuiert, und wenn daher vorliegend von diesem Verfahren Umgang genommen worden sei, so sei den Rekurrenten, abgesehen davon, daß sie ein bezügliches Begehren gar nicht gestellt hätten, dadurch überhaupt kein Recht verweigert worden. Und wenn die Steuerbehörden auf eine Bücheruntersuchung nicht eingetreten seien, so hätten sie damit lediglich eine für sie ganz unverbindliche Offerte abgelehnt. Endlich habe man es auch nicht mit einer willkürlichen, der objektiven Begründung entbehrenden, mit dem klaren Wortlaut des Gesetzes unvereinbaren Maßregel zu thun. Zunächst fehle in dieser Richtung ein Nachweis dafür, daß die einschlägigen Bestimmungen des Steuergesetzes sonst in einer andern, für die Steuerpflichtigen günstigern Weise ausgelegt worden seien als im vorliegenden Falle. Und thatsächlich sei auch die Auslegung, die dem Gesetze gegeben worden sei, keine willkürliche. Was nämlich zunächst das Verfahren betreffe, so sei die Vorbescheidung vor die Gemeindeschatzungskommission und die Einvernahme durch dieselbe eine völlig in das Belieben dieser Behörde gestellte Maßnahme, und die Beobachtung des in § 15 des Gesetzes vorgesehenen Informationsverfahrens sei keineswegs ein unerläßliches Erfordernis einer gültigen Einschätzung. Ebenso wenig seien die Steuerbehörden und insbesondere die Gemeindeschatzungskommissionen verpflichtet, die Schatzungserklärung eines Steuerpflichtigen unbesehen anzunehmen, vielmehr müsse ihnen die Befugnis zuerkannt werden, die Schatzungserklärungen der einzelnen Pflichtigen auf ihre Richtigkeit zu prüfen und eventuell abzuändern, wozu sie die nötige Sachkenntnis besäßen und wobei infolge der Ableistung des Amtseides ein willkürliches, der Objektivität entbehrendes Vorgehen geradezu undenkbar sei. Daß diese Auffassung die richtige sei, ergebe sich auch daraus, daß den Steuerpflichtigen ein Rekursrecht gegen die Taxation der Gemeinde- und Bezirkssteuerkommissionen eingeräumt sei, was keinen Sinn hätte, wenn die Steuerkommissionen die von den Steuerpflichtigen abgegebenen Erklärungen unbesehen anzunehmen verpflichtet wären. Die Begründung einer solchen Einsprache aber liege dem Steuerpflichtigen ob, und vorliegend hätten es die Rekurrenten unterlassen, eingehendere Angaben über ihre gesamten

Geschäfts- und Einkommensverhältnisse zu machen. Materiell sodann rechtfertige sich die Taxation auf 7500 Fr., namentlich bei Vergleichung mit den andern Apothekergeschäften der Stadt Bern.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Anwendung und Auslegung der kantonalen Steuervorschriften ist zunächst allerdings lediglich Sache der kantonalen Behörden. Immerhin steht auch hier der Bürger unter dem Schutze des Bundesgerichtes, insofern als dieses gegen solche Verfügungen und Entscheide angerufen werden kann, durch die verfassungsmäßige Rechte der Steuerpflichtigen verletzt worden sind, insbesondere also dann, wenn darin ein Verstoß gegen die verfassungsrechtlich zugesicherte Gleichheit der Bürger vor dem Gesetz oder eine formelle oder materielle Rechtsverweigerung erblickt werden muß. Vorliegend wird von den Rekurrenten hierauf abgestellt und es ist deshalb auf ihre Beschwerde einzutreten.

2. Nun kann darüber kein Zweifel bestehen, daß von den bernischen Steuerbehörden gegenüber den Rekurrenten die zum Schutze der Steuerpflichtigen aufgestellten, das Taxationsverfahren regelnden, gesetzlichen Vorschriften mißachtet worden sind. Vorerst durfte die Gemeindeschatzungskommission, nachdem die Rekurrenten rechtzeitig eine Schatzungserklärung eingereicht hatten, nicht ohne anderes die Selbsttaxation nach ihrem Ermessen erhöhen; vielmehr mußte den Steuerpflichtigen, wenn gegen ihre Schatzungserklärung Zweifel sich erhoben, zuerst Gelegenheit gegeben werden, sich hierüber auszusprechen und erst dann, wenn sie der Einladung zum Erscheinen vor der Kommission nicht Folge gaben, oder wenn sie die sachgemäßen Aufschlüsse, bezw. die Ablegung des Handgelübdes hierüber verweigerten, oder wenn dieselben als ungenügend erschienen, durfte eine Erhöhung der Schatzung nach dem Ermessen der Kommission eintreten. Es soll also von einer Schatzungserklärung, die unter Namensunterschrift und unter ausdrücklicher Bestätigung getreuer und wahrheitsgemäßer Ausfüllung abgegeben worden ist, nur abgegangen werden, wenn zuvor der Steuerpflichtige vorbeschieden und im Falle des Erscheinens über die Schätzung einvernommen worden ist. Die bezügliche, im zweiten Satze des § 15 des Einkommenssteuergesetzes enthaltene Bestimmung ist derart gefaßt, daß sich damit die Annahme, es könne

eine Erhöhung der Taxation vorgenommen werden, auch ohne daß dem Steuerpflichtigen Gelegenheit zur Rechtfertigung seiner Selbsteinschatzung gegeben worden wäre, nicht verträgt. Wenn sich der Regierungsrat des Kantons Bern dem gegenüber darauf beruft, es sei nach dem ersten Satz des citierten Paragraphen dem Belieben der Kommission anheimgegeben, ob sie den Pflichtigen vorbescheiden und über seine Einkommensverhältnisse einvernehmen wolle, so ist zuzugeben, daß der Wortlaut jenes Satzes eine solche Auslegung zuläßt; allein, wenn derselbe im Zusammenhang mit den weitern, im nämlichen Paragraphen enthaltenen Bestimmungen gelesen und wenn überhaupt das ganze Taxationssystem in's Auge gefaßt wird, so darf dem Wörtchen „kann" doch unmöglich diese Bedeutung beigelegt werden, sondern offenbar wurde dasselbe nur deshalb gebraucht, weil der Kommission durch die fragliche Bestimmung eine Befugnis eingeräumt wurde, die ihr sonst nicht zustehen würde, und es erscheint als gezwungen, wenn behauptet wird, daß das „kann" im Gegensatz zu „muß" oder zu einer ähnlichen Ausdrucksweise gebraucht worden sei, um anzudeuten, daß die Anhörung des Steuerpflichtigen nicht obligatorisch, sondern nur fakultativ sei. Es stellt sich somit die Unterlassung der Gemeindeschatzungskommission, die Rekurrenten vorzubescheiden und über ihre Selbsttaxation, deren Richtigkeit bezweifelt wurde, einzuvernehmen, als eine Mißachtung der ihnen gesetzlich gegen behördliche Willkür eingeräumten Garantien dar, und es erscheint ihre Beschwerde, da sie verfassungsmäßig darauf Anspruch erheben können, daß nicht klares Recht zu ihren Ungunsten gebeugt und daß sie gemäß den bestehenden Vorschriften in Rechten gehört werden, aus dem Gesichtspunkte der Rechtsverweigerung als begründet. Überdies durfte auch die Bezirkssteuerkommission, bei der die Rekurrenten gegen die Einschatzung durch die Gemeindeschatzungskommission Einsprache erhoben hatten, nicht ohne weiteres über dieselbe hinweggehen. Nach § 23 des Gesetzes hat dieselbe die erhobenen Einsprachen zu untersuchen, und dabei darf sie jedenfalls diejenigen Mittel zur Feststellung der thatsächlichen Verhältnisse nicht unberücksichtigt lassen, die ihr von den Einsprechern selbst an die Hand gegeben werden, sofern wenigstens nicht von vorneherein ein Resultat nicht zu erwarten ist. Und da nun die

von den Rekurrenten anerbotene Bücheruntersuchung bei der Art ihres Geschäftsbetriebes doch vermutlich geeignet war, die Richtigkeit oder Unrichtigkeit der Selbstschatzung zu erweisen, so muß die Unterlassung derselben ebenfalls als eine verfassungsmäßig unzulässige Rechtsverweigerung betrachtet werden. Dadurch aber, daß der Regierungsrat des Kantons Bern weder selbst die Maßnahmen traf, auf die die Rekurrenten Anspruch hatten, wenn ihre Selbstschatzung nicht angenommen werden wollte, noch die untern Instanzen dazu veranlaßte, das Versäumte nachzuholen, hat er selbst sich der Verletzung verfassungsmäßiger Rechte derselben schuldig gemacht und muß sein Entscheid deshalb aufgehoben werden. Es erscheint dieser um so unhaltbarer, als in andern ähnlichen Fällen, die zur Kenntnis des Bundesgerichts gelangt sind, die angebotene Bücheruntersuchung stattgefunden hat (z. B. in den Fällen Neher & Söhne, und Knosp, Urteile vom 22. Oktober 1896), so daß zu allem andern eine ungleiche Behandlung der Rekurrenten gegenüber andern Steuerpflichtigen, die sich in gleicher Lage befanden, vorliegt. Freilich kann nun das Bundesgericht nicht selbst eine Taxation vornehmen; denn dies ist ausschließlich Sache der kantonalen Steuerbehörden. Sondern es ist lediglich der Regierungsrat einzuladen, dafür zu sorgen, daß die Garantien, die den Steuerpflichtigen, welche eine Schatzungserklärung eingereicht haben, gegen die Erhöhung der Taxation gewährt sind, beobachtet werden, sei es, daß er selbst die betreffenden Maßnahmen trifft, sei es, daß er die untern Steuerbehörden nachträglich dazu anhält.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird im Sinne der Erwägungen gutgeheißen und der Regierungsrat des Kantons Bern, unter Aufhebung seiner Entscheidung vom 31. Dezember 1896, eingeladen, in der aus den Motiven sich ergebenden Weise vorzugehen.

II. Gleichheit vor dem Gesetze.
Egalité devant la loi.

66. *Sentenza del 1° aprile 1897 nella causa Lepori.*

A. La legge ticinese sull'imposta contiene all'art. 6 il disposto:

« Sono sottoposti al pagamento dell'imposta sulla sostanza
» e sulla rendita:

» *a*) Tutti coloro che sono domiciliati nel cantone;

» § 1. Sono considerati come domiciliati tutti i ticinesi
» e confederati inscritti nei cataloghi elettorali. »

Forte di questo disposto di legge la Commissione cantonale d'imposta tassò il ricorrente, ingegnere Giacomo Lepori di Sonvico, prima domiciliato nel comune di Castagnola, ora dalla fine di dicembre 1895 in poi abitante a Milano, in ragione di tutta la sostanza mobile e rendita da lui posseduta nel e fuori del cantone e in seguito a ricorso dell'ing. Lepori il Consiglio di Stato confermò la tassazione sulla base dedotta dal principio suesposto.

B. Contro questa decisione governativa l'ing. Giacomo Lepori introdusse un ricorso di diritto pubblico al Tribunale federale, sostenendo che il trattamento di cui è oggetto lede il principio costituzionale dell'eguaglianza dei cittadini davanti la legge e domandando l'annullazione del decreto del Consiglio di Stato in base agli argomenti seguenti:

Circostanze independenti dalla sua volontà hanno costretto Lepori sulla fine di dicembre 1895 a dare la sua demissione da deputato del Gran Consiglio ed a trasportare il suo domicilio da Castagnola a Milano. In seguito a questo trasloco Lepori perdeva di fronte al proprio cantone l'esercizio dei suoi diritti politici, e quindi deve essere anche enumerato, meno per quanto possiede nel cantone, dal pagamento dei pubblici aggravi. Ciò risulta in modo categorico dal disposto della lett. b, § 1, dell'art. 6 sulle imposte a tenore del

quale le persone che hanno il loro domicilio all'estero sono tenute a pagare l'imposta solo in ragione della sostanza e della rendita che hanno nel cantone. Lo stesso principio venne riconosciuto anche dal Tribunale di Appello, il quale in un caso analogo (causa Bernasocchi, Repertorio di giurisprudenza patria 1896, pag. 633) ebbe a dichiarare che in materia d'imposta i capitali mobiliari seguono il domicilio della persona cui appartengono. Il Consiglio di Stato ha respinto il ricorso Lepori per due riflessi:

1. Perchè il nome del ricorrente figura ancora nel catalogo elettorale di Castagnola,

2. Perchè nessun cittadino ticinese può essere radiato dai cataloghi elettorali se non ha rinunciato prima alla cittadinanza svizzera e se non è stato radiato quindi dal registro dei fuochi.

Ma ambedue queste considerazioni sono erronee. Come risulta da relativa dichiarazione della municipalità di Castagnola (alleg. *B* e *C*) il ricorrente è stato radiato da quel catalogo elettorale il 28 febbraio 1896; il 10 maggio 1896 venne dato avviso al Dipartimento degli interni (alleg. *E*) della seguita radiazione, la quale non essendo stata contestata, deve ritenersi come definitiva. Il domicilio attuale di Lepori a Milano è del resto un fatto notorio che venne ammesso anche dal rappresentante del fisco in una transazione per l'imposta del 1895. Sostenere come fa il Consiglio di Stato, che un cittadino ticinese debba rinunciare alla sua cittadinanza per farsi radiare dei cataloghi elettorali, è sostenere una cosa assurda, anticostituzionale e contraria ai veri interessi del paese. La diversità di trattamento scaturisce poi in modo manifesto dal fatto che altri contribuenti aventi il loro domicilio all'estero e che si trovano nella identica posizione di Lepori (segue nel ricorso l'indicazione dei nomi) pagano le imposte solo in ragione di quanto posseggono nel cantone e non per tutti i capitali e per tutta la rendita che hanno.

C. Il Consiglio di Stato oppone al ricorso le obbiezioni seguenti: Il § 3 dell'art. 6 della legge sull'imposta ha di

mira solo le persone che non sono e non devono essere iscritte nei cataloghi elettorali. Invece i Ticinesi all'estero che fanno parte di un fuoco iscritto in un comune del cantone devono figurare altresì sul catalogo elettorale a stregna della legge cantonale 15 gennaio 1896. Questa disposizione di legge ha la sua base nel decreto di revisione costituzionale 16 giugno 1893, in virtù del quale tutti i cittadini ticinesi all'estero, che fanno parte di un fuoco di un comune del cantone, esercitano in detto comune il loro diritto di voto. Rispetto all'iscrizione sul registro dei fuochi fa stato la legge organica comunale 1854, la quale prescrive che oltre domiciliati nel cantone, Confederati o Ticinesi, debbono essere iscritti nei registri dei fuochi anche gli attinenti ticinesi all'estero. L'obbligo delle municipalità di procedere a questa inscrizione è dunque anteriore alla revisione costituzionale 16 giugno 1896, ed è ancor più esplicito dopo che quest'ultima ha creato pei Ticinesi all'estero un domicilio in patria pari nei suoi effetti al domicilio materiale. D'altra parte le Municipalità non hanno il diritto di cancellare di loro arbitrio i propri attinenti dai ruoli di cittadinanza e quindi dai registri dei fuochi, essendo tutt'ora in vigore il decreto governativo 23 agosto 1865 che fa dipendere qualsiasi radiazione da un decreto governativo speciale e dalla rinuncia alla cittadinanza ticinese. Di fronte a questi dispositivi di legge il ricorso devesi ritenere infondato. Quantunque Lepori abbia la sua dimora all'estero, egli deve figurare nei registri dei fuochi del cantone, sia in quello di Sonvico, suo comune di attinenza, sia in quello di Castagnola, sua ultima dimora. Come tale egli può esercitare in detto comune anche i suoi diritti di voto. Perciò il ricorrente deve essere considerato come avente domicilio nel cantone e sottostare alle imposte per tutta la sua sostanza. Il fatto della demissione da deputato del Gran Consiglio e la citata sentenza del Tribunale di Appello non possono modificare questa sua posizione. Quanto alla disparità di trattamento accennata nel ricorso, risulta bensì dai cataloghi elettorali esistenti presso il Dipartimento degli interni, che alcune delle persone indicate non

figurano più nei detti cataloghi, ma il Consiglio di Stato non mancherà di provvedere affinchè tutti i Ticinesi degenti all'estero siano trattati sullo stesso piede. Un caso di doppia imposta non esiste e non è stato allegato dal ricorrente. La questione poi di sapere, se il fatto o la domanda di cancellazione da un catalogo elettorale basti secondo la costituzione cantonale per liberare un attinente ticinese all'estero dall'obbligo di pagare le imposte è di competenza delle autorità politiche, non del Tribunale federale.

D. Nella replica il ricorrente allega: Sta in fatto che la radiazione dal catalogo di Castagnola non è stata annullata dal Consiglio di Stato, e che non è stata ordinata la di lui inscrizione nel catalogo di Sonvico. L'art. 6, lett. b, § 1 della legge sulle imposte non è dunque applicabile. Secondo le leggi elettorali ticinesi, se non viene sollevata eccezione contro un inscrizione o radiazione dai cataloghi, il giudizio della Municipalità passa in cosa giudicata. Il Consiglio di Stato non può impedirlo, se non interveniendo ed annullando d'ufficio l'operato della Municipalità.

La diversità di trattamento indicata nel ricorso a riguardo di altri contribuenti che si trovano nella stessa posizione del ricorrente continua a sussistere anche per il 1897 malgrado la promessa del Consiglio di Stato di volervi rimediare. Ciò risulta dalle tabelle d'imposta pel 1897 che al caso potranno essere richiamate dal Tribunale federale. Il Consiglio di Stato riconosce del resto per veri i fatti addotti da Lepori pel 1896, dunque la disparità di trattamento è in ogni caso accertata per l'epoca a cui si riferisce il ricorso. Quanto al decreto costituzionale 16 giugno 1893 è a torto che il Consiglio di Stato ha creduto di potersene fare un appoggio. Se questo decreto crea in via di favore un domicilio giuridico ed elettivo in patria d'uguali effetti a quello materiale, esso lascia pure la facoltà di declinare questo favore a quelli che per legitimi motivi non ne possone usufruire.

E. Duplicando il Consiglio di Stato osserva: È noto che l'applicazione di nuove leggi dà sempre luogo sul principio

ad alcune incertezze. Un controllo esatto delle tabelle d'imposta col registro dei fuochi e coi cataloghi elettorali non ha potuto essere fatto pel 1896, una avverrà pel 1897. Intanto però l'ingegnere Lepori figura nel registro dei fuochi del suo comune di attinenza Sonvico; egli deve quindi essere considerato come domiciliato in patria e inscritto nei registri elettorali e nelle tabelle per l'imposta cantonale. Anche la pretesa disparità di trattamento cogli altri contribuenti menzionati nel ricorso nel ricorso non esiste. In uno dei cinque casi citati dal ricorrente il Consiglio di Stato non ha potuto rintracciare l'identità della persona in discorso (Ghirlanda). Quanto agli altri contribuenti i signori Enderlin e Rezzonico morirono primo dell'entrata in vigore della nuova legge e i loro eredi pagarano anche per la sostanza e la rendita all'estero; il sig. Saroli è stato imposto oltre che per gli stabili nel cantone anche per 8000 fr. di rendita; ai fratelli Malfante venne ridotto l'imposta solo in conseguenza di disastri subiti. Del resto anche ammettendo che possono esistere nelle tabelle d'imposta alcuni errori involontari, ciò non basterebbe per giustificare la tese del ricorrente.

In diritto:

1. Come il Tribunale federale ha già dichiarato a più riprese, la legislazione ed i giudizi in materia d'imposta sono di competenza esclusiva dei cantoni. Ricorsi concernenti l'ammissibilità di un' imposta possono essere esaminati dal Tribunale federale solo in quanto sono fondati sopra un'infrazione al divieto di doppia imposizione oppure sopra una violazione dell'art. 4 della costituzione federale commessa nell'applicazione delle leggi tributarie cantonali. Ora nel caso concreto non esistono evidentemente gli estremi di un caso di doppia imposta e per quanto concerne il secondo titolo di ricorso, il ricorrente ravvisa una lesione del principio dell'eguaglianza dei cittadini davanti legge per due considerazioni: 1° per ciò che in luogo del disposto della lettera b, § 1 dell'art. 6 della legge tributaria cantonale gli venne applicato il disposto della lett. a, § 1; 2° per la disparità di

trattamento che egli pretende esista a favore di altri contribuenti i quali, quantunque si trovano nella stessa posizione del ricorrente, pure a detta di quest'ultimo vengono tassati per quello che posseggono in patria e non per la totalità delle loro rendite e dei loro beni mobili. Ora riguardo a quest'ultimo appoggio devesi anzitutto osservare che una eventuale applicazione abusiva della legge tributaria cantonale a favore di altri contribuenti, non dà naturalmente a Lepori il diritto di esigere per sè lo stesso trattamento illegale, essendo di tutta evidenza che perchè il ricorso possa essere ammesso per questo titolo è necessario che sia l'applicazione avvenuta in odio del ricorrente e non quella statuita in favore di altre persone che rivesta un carattere abusivo. Questo secondo appoggio del ricorso forma perciò un solo ed unico argomento coll'appoggio principale invocato, che cioè la legge cantonale sulla imposta abbia trovato a svantaggio di Lepori un'applicazione manifestamente arbitraria. Qualunque sia del resto il valore intrinseco che si voglia attribuire ai fatti allegati dal ricorrente, certo è che gli stessi non vennero sufficientemente provati, dovendosi piuttosto presumere in base alle dichiarazioni del Consiglio di Stato, contenute nella duplica, che le dette allegazioni si poggiano sopra un errore di fatto.

2. Rimane dunque a vedere se il ricorso non debba dichiararsi fondato per quanto concerne l'applicazione della legge tributaria cantonale. Ora risulta chiaramente anche solo da un esame superficiale dell'art. 6 che qualora il ricorrente posso essere considerato come inscritto in un catalogo elettorale del cantone, quantunque domiciliato de facto all'estero, egli deve ritenersi sottoposto alla imposta sulla sostanza e sulla rendita, come gli altri cittadini abitanti il cantone. Il testo del § 1, lett. *a* dell'art. 6 è troppo esplicito a questo riguardo perchè possa essere oggetto di dubbio e la conseguenza che ne risulta non venne del resto impugnata neppure dal ricorrente. La questione controversa è piuttosto quella di sapere se dopo che Lepori è stato radiato dai cataloghi elettorali di Castagnola per opera di quel municipio

il disposto del § 1, *a* dell'art. 6 trovi al suo caso ancora applicazione. Per giustificare l'affermativa il Consiglio di Stato sostenne che la radiazione avvenuta per solo impulso dell'autorità comunale, senza l'approvazione del Consiglio di Stato e senza che vi sia stata rinuncia alla cittadinanza ticinese riveste un carattere illegale; che nel catalogo esistente posso il Dipartimento cantonale degli interni Lepori figura ancora come inscritto, e che anche se si volesse ammettere la di lui radiazione come giuridicamente esistente, da una parte il disposto della legge organica comunale del 1854, secondo il quale tutti gli attinenti ticinesi all'estero devono figurare in un registro dei fuochi del cantone, dall'altra il fatto che il ricorrente trovasi inscritto nel registro dei fuochi del comune di Sonvico, in relazione al disposto del decreto costituzionale 16 giugno 1893, avrebbe per conseguenza di far considerare il ricorrente come giuridicamente inscritto in quel catalogo elettorale. Ora è chiaro che il Tribunale federale non è competente a sindacare l'esattezza di una simile opinione, trattandosi di una questione regolata esclusivamente da leggi e regolamenti cantonali e anche dove fa capo un disposto della costituzione cantonale trattandosi di una materia (diritto di voto dei cittadini) che l'art. 189 al. 4, della legge org. giud. fed. elimina espressamente dal giudizio di questa corte. Per l'esito del ricorso basta di constatare che se il modo di vedere dal Consiglio di Stato non appare sotto ogni aspetto esente da critica, non implica però una soluzione giuridicamente impossibile, percui non è in potere del Tribunale federale di dichiarare se la legge tributaria cantonale sia stata bene o male applicata. Se è opinione del ricorrente che malgrado il disposto del decreto costituzionale 16 giugno 1893, gli spetti il diritto di farsi radiare dai cataloghi elettorali, senza bisogno di rinunciare alla cittadinanza ticinese, il decreto suddetto statuendo solo un diritto ma non un dovere a carico dell'attinente ticinese di mantenere il proprio domicilio politico nel cantone, potrà rivolgersi con analogo ricorso al Consiglio federale, sola autorità competente a statuire in materia.

3. Ciò premesso, il solo mezzo che rimarrebbe per far ammettere il ricorso sarebbe quello di dimostrare, che il disposto della legge tributaria cantonale, che obbliga ogni cittadino inscritto nei cataloghi elettorali del cantone al pagamento dell'imposta in genere sulla sostanza e la rendita contiene in sè stesso una norma contraria alla costituzione federale. Una simile argomentazione apparirebbe però a prima vista infondata. In quanto che è noto che la costituzione federale non sancisce altri limiti alla legislazione dei cantoni in materia d'imposta che quelli risultanti dal divieto di doppia imposizione fra cantone e cantone. Nel resto le autorità cantonali sono pienamente libere e sovrane di determinare le basi e le condizioni del loro sistema tributario e possono quindi far dipendere l'obbligo al pagamento dei pubblici tributi pei propri attinenti anche dal domicilio politico invece che dal domicilio in senso ordinario.

Per queste considerazioni,

Il Tribunale federale

pronuncia:

Il ricorso è respinto siccome infondato.

---

67. *Arrêt du 12 mai 1897 dans la cause Luti.*

A. — Le 2 novembre 1892, le Grand Conseil du canton de Genève a adopté une loi concédant à la ville de Genève, pour une durée allant jusqu'au 3 novembre 1981, les forces motrices du Rhône à prendre au lieu dit « Chèvres, » ainsi que le droit de faire les travaux nécessaires pour l'utilisation de ces forces.

L'art. 3 de cette loi porte que la ville de Genève devra dans le délai de deux années indemniser dans une juste mesure les propriétaires qui pourraient être atteints par l'exécution de l'entreprise, sous réserve de l'expropriation forcée en cas de désaccord, et l'art. 6 dispose que « les dommages

quelconques qui résulteraient pour les tiers de l'exécution des travaux seront mis à la charge de la ville.

L'art. 9 est ainsi conçu : « La concession accordée par la présente loi est déclarée d'utilité publique. Dans le cas où l'expropriation forcée serait reconnue nécessaire pour l'exécution des travaux comme aussi pour la transmission de la force motrice et l'établissement de canalisations hydrauliques ou électriques, il serait procédé conformément aux dispositions de la loi du 18 mai 1887 sur l'expropriation forcée pour cause d'utilité publique. »

Cette dernière loi a été abrogée et remplacée par une loi du 15 juin 1895 traitant dans ses articles 198 et suiv. de l'expropriation pour cause d'utilité publique.

Par lettre des 9/10 mars 1897, le Conseil administratif de la ville de Genève a informé le Conseil d'Etat qu'il ne lui était pas possible d'acquérir de gré à gré un terrain situé dans la commune de Vernier, lieu dit « Le Canada, » indispensable pour l'exécution des ouvrages entrepris à Chèvres par la ville de Genève en conformité de la concession déclarée d'utilité publique à elle accordée par la loi du 2 novembre 1892. Il demandait en conséquence au Conseil d'Etat de vouloir bien, par application de l'art. 207 de la loi du 15 juin 1895, prendre un arrêté décrétant l'expropriation du terrain en question. Cette lettre était accompagnée des pièces et de l'offre d'indemnité exigées par l'art. 208 de la dite loi.

Ensuite de cette demande, le Conseil d'Etat de Genève, par arrêté du 16 mars 1897, décréta d'utilité publique l'expropriation d'une sous-parcelle de 12 ares 60 mètres à détacher de la parcelle N° 1937, feuille 20 du cadastre de la commune de Vernier, située au lieu dit « Le Canada » au bord du Rhône et inscrite au nom de Luti Jaques-Henri fils de Jaques.

B. — Par mémoire du 30 mars, le sieur Luti a recouru auprès du Tribunal fédéral contre cet arrêté dont il demande l'annulation attendu qu'il serait arbitraire et lèserait ses droits constitutionnels. A l'appui de ses conclusions il fait valoir en substance ce qui suit :

La condition d'utilité publique n'existe pas dans le cas particulier. La loi du 2 novembre 1892 décrétant d'utilité publique la concession des forces motrices du Rhône accordée à la ville de Genève stipulait à l'art. 3 que la ville devrait, dans un délai de deux années, indemniser dans une juste mesure les propriétaires d'immeubles qui pourraient être atteints par l'exécution des travaux, sous réserve de l'expropriation forcée en cas de désaccord. Or plus de deux années se sont écoulées depuis la promulgation de la dite loi et les travaux dont elle prévoyait l'exécution à Chèvres et au Canada sont achevés. L'utilité publique qu'elle reconnaissait ne peut donc plus être invoquée aujourd'hui. En fait il n'existe d'ailleurs aucun motif légitime pour la ville de Genève de requérir l'expropriation d'une parcelle du domaine du recourant. On est simplement en présence d'un dommage causé à la propriété de ce dernier par les travaux exécutés à Chèvres. Pour échapper à l'obligation que la loi du 2 novembre 1892 lui impose de réparer ce dommage, dont une commission d'experts l'a déclarée responsable, la ville de Genève voudrait procéder à une expropriation pour laquelle elle n'offre par surcroît qu'une indemnité de $^1/_{10}$ ou $^1/_{20}$ de la valeur réelle des terrains. Mais aucune loi du Grand Conseil n'a déclaré cette expropriation d'utilité publique, conformément à l'art. 199, chiffre 2° de la loi du 15 juin 1895. Dans ces circonstances, l'arrêté attaqué du Conseil d'Etat de Genève, en décrétant l'expropriation d'une parcelle de la propriété du recourant, porte atteinte à l'égalité des citoyens devant la loi et à l'inviolabilité de la propriété garanties par les constitutions fédérale et cantonale ; il viole enfin l'art. 199 de la loi du 15 juin 1895.

C. — Le Conseil d'Etat du canton de Genève a conclu au rejet du recours avec suite de frais pour les motifs suivants :

L'arrêté attaqué ne comporte aucune violation de l'égalité devant la loi (art. 4 de la Constitution fédérale). L'aliénation d'une propriété immobilière pouvant être exigée par la loi dans l'intérêt de l'Etat ou d'une commune, il est certain qu'un arrêté décrétant l'expropriation de tel ou tel immeuble peut

être pris sans que le principe de l'égalité de tous les Suisses devant la loi soit méconnu. L'inviolabilité de la propriété, garantie par l'art. 6 de la Constitution genevoise, n'a pas non plus été méconnue dans le cas particulier. L'utilité publique a été déclarée par la loi du 2 novembre 1892, art. 9. D'autre part, la procédure commencée contre Luti en exécution de l'arrêté incriminé a pour but de faire fixer l'indemnité à laquelle a droit l'exproprié. Par conséquent le dit arrêté ne viole nullement l'art. 6 de la constitution genevoise. Il est inexact que la loi du 2 novembre 1892 ait limité à la durée de deux ans la déclaration d'utilité publique et, partant, le droit accordé à la ville et à l'Etat de Genève de procéder en vertu de cette loi à l'expropriation d'un immeuble reconnue nécessaire pour l'exécution des travaux procédant de la concession dont s'agit. Cette concession vaut en effet jusqu'au 3 novembre 1981 et le même art. 9 de la loi qui la déclare d'utilité publique dispose que dans les cas où l'expropriation forcée serait reconnue nécessaire pour l'exécution des travaux, comme aussi pour la transmission de la force motrice et l'établissement de canalisations hydrauliques ou électriques, il serait procédé conformément à la loi du 18 mai 1887 aujourd'hui remplacée par celle du 15 juin 1895. Le bon sens le plus élémentaire indique qu'il eût été impossible de prévoir, dans un délai de deux années, le développement probable de l'industrie projetée et la demande future des divers abonnés. Il est à présumer que pendant toute la durée de la concession, il y aura lieu d'exécuter des travaux (nouvelles transmissions de force et canalisations hydrauliques ou électriques) et de faire application de l'art. 9 de la loi du 2 novembre 1892.

L'art. 3 de cette loi n'a donc nullement la portée que le recourant lui attribue. Cette disposition avait trait aux privations momentanées de jouissance occasionnées aux usiniers et propriétaires par les travaux à exécuter dans le lit du Rhône et aux immeubles riverains. Elle ne vise donc nullement la transmission de la force motrice et l'établissement de canalisations hydrauliques et électriques.

La question de savoir s'il existe dans le cas particulier des

motifs d'utilité publique permettant l'expropriation sort de la compétence du Tribunal fédéral. Et quand même, ce qui est méconnu, des travaux antérieurs auraient causé un dommage à la propriété du recourant, l'existence de ce dommage n'empêcherait pas l'expropriation de celle-ci pour cause d'utilité pubiique.

Vu ces faits et considérant en droit :

1. — L'art. 6 de la constitution genevoise est ainsi conçu :

« La propriété est inviolable. Toutefois la loi peut exiger, dans l'intérêt de l'Etat ou d'une commune, l'aliénation d'une propriété immobilière, moyennant une juste et préalable indemnité. Dans ce cas, l'utilité publique ou communale est déclarée par le pouvoir législatif et l'indemnité fixée par les tribunaux. »

Cette disposition constitutionnelle ne se borne pas, comme les dispositions correspondantes de la plupart des autres constitutions cantonales, à poser, à titre de restriction de l'inviolabilité de la propriété, le principe de l'expropriation pour cause d'utilité publique. Elle exige en outre que l'application de ce principe fasse l'objet d'une loi, c'est-à-dire que l'utilité publique soit reconnue par une décision du pouvoir législatif.

Ainsi que le Conseil d'Etat de Genève le fait observer dans sa réponse, en s'appuyant sur la jurisprudence du Tribunal fédéral (*Rec. off.* XIX, page 665-666), celui-ci n'est pas compétent pour rechercher si matériellement il existe des motifs d'intérêt public justifiant l'expropriation dans le cas particulier. En revanche il lui appartient d'examiner si l'expropriation décrétée par l'arrêté du Conseil d'Etat du 16 mars 1897 a été déclarée d'intérêt public par l'autorité compétente à teneur de l'article précité de la constitution.

La loi votée par le Grand Conseil du canton de Genève le 2 novembre 1892 concède à la ville de Genève l'utilisation des forces motrices du Rhône et déclare (art. 9) cette concession d'intérêt public.

Le Conseil d'Etat estime que cette loi suffisait pour lui permettre de procéder à l'expropriation de la parcelle de ter-

rain mentionnée dans son arrêté du 16 mars, nécessaire pour l'exécution de travaux se rattachant à l'entreprise des forces motrices du Rhône.

Le recourant soutient au contraire qu'aucun immeuble ne peut être exproprié sans qu'une loi ait reconnu à l'égard de cet immeuble l'existence de motifs d'intérêt public justifiant son expropriation. Il ne suffit donc pas, d'après lui, que le Grand Conseil reconnaisse par une loi le caractère d'intérêt public d'une entreprise pour qu'une autre autorité puisse ensuite décréter l'expropriation des immeubles nécessaires à l'exécution de cette entreprise ; il faut que le Grand Conseil lui-même décrète quels sont les immeubles dont l'expropriation est autorisée en vue de l'exécution d'une entreprise d'intérêt public. Or, dans le cas particulier, ni la loi du 2 novembre 1892 ni aucune autre décision du Grand Conseil n'ont reconnu la nécessité de l'expropriation de la parcelle de terrain objet de l'arrêté du 16 mars.

Il est certain que la portée attribuée ainsi par le recourant à l'art. 6 de la constitution apparaît à première vue comme la plus en harmonie avec la teneur de cet article. Elle paraît en particulier justifiée par la dernière phrase qui dit que « l'utilité publique ou communale est déclarée par le pouvoir législatif et l'indemnité fixée par les tribunaux, » termes qui semblent ne laisser aucune place à l'intervention du pouvoir exécutif, si ce n'est pour la mise à exécution des décisions du législatif.

Néanmoins on ne saurait considérer le point de vue opposé soutenu par le Conseil d'Etat comme inconciliable avec le texte de la constitution. En soi l'art. 6 est susceptible de recevoir l'interprétation que lui a donnée le Conseil d'Etat en rendant son arrêté du 16 mars et dès lors cet arrêté ne peut être considéré comme impliquant une violation de la garantie constitutionnelle de l'inviolabilité de la propriété.

2. — Mais le recourant fonde également ses conclusions sur l'art. 4 de la constitution fédérale qui garantit l'égalité des citoyens devant la loi. Selon lui cette garantie serait violée à son égard par le fait que la compétence prétendue

du Conseil d'Etat pour rendre l'arrêté dont est recours reposerait sur une interprétation arbitraire des lois du 2 novembre 1892 et 15 juin 1895.

En abordant l'examen de ce grief, il convient de rappeler qu'il appartient en tout premier lieu aux autorités des cantons d'interpréter les lois cantonales et d'en fixer le sens, le Tribunal fédéral ne pouvant, ainsi qu'il l'a constamment jugé, redresser leur interprétation que dans le cas où le sens réel évident de la loi aurait été manifestement méconnu ou ignoré.

3. — Le recourant soutient tout d'abord que l'utilité publique déclarée par la loi du 2 novembre 1892 en faveur de l'entreprise des forces motrices du Rhône ne peut plus être invoquée aujourd'hui pour légitimer l'expropriation d'un immeuble quelconque, attendu que l'art. 3 de la dite loi fixait à deux ans le délai durant lequel la ville de Genève devait indemniser les propriétaires atteints par l'exécution de l'entreprise, sous réserve du droit d'expropriation en cas de désaccord.

Le Conseil d'Etat allègue que l'art. 3 en question n'a pas la portée que le recourant lui attribue, mais a trait uniquement aux privations momentanées de jouissance occasionnées aux usiniers et propriétaires riverains par les travaux de l'entreprise ; il ne vise nullement la transmission de force motrice et l'établissement de canalisations hydrauliques et électriques pour l'exécution desquelles la ville de Genève demeure au bénéfice de la déclaration d'utilité publique jusqu'au terme de sa concession.

Cette manière de voir n'est pas en contradiction avec le sens évident de la loi et ne peut être considérée comme arbitraire. Elle apparait bien plutôt comme la seule conciliable avec les conditions nécessaires de la réalisation de l'entreprise concédée à la ville de Genève.

Quant à l'art. 6 de la loi de 1892, qui pose le principe de la responsabilité de la concessionnaire pour le dommage causé aux tiers par les travaux de l'entreprise, il est sans aucun rapport avec la question d'expropriation qui est ici en jeu.

4. — Le recourant fait enfin valoir que le Conseil d'Etat,

en rendant l'arrêté attaqué, aurait méconnu les prescriptions de l'art. 199 de la loi sur l'expropriation du 15 juin 1895.

Cet article, qui est la reproduction textuelle de l'art. 2 de la loi du 18 mai 1887, en vigueur au moment du vote de la concession du 2 novembre 1892, dispose que l'expropriation a lieu :

1° Lorsqu'une loi du Grand Conseil déclare que l'aliénation des propriétés immobilières, nécessaires à l'exécution d'un travail d'intérêt général, est d'utilité publique.

2° Lorsqu'une loi du Grand Conseil décrète que l'aliénation d'un immeuble ou d'un droit spécial, dont la vente ou la cession n'a pu avoir lieu de gré à gré, a un caractère d'utilité publique.

L'alinéa 1° semble dire que dans le cas qu'il prévoit le rôle du Grand Conseil se borne à reconnaître le caractère d'utilité publique de l'entreprise en vue de laquelle le droit d'expropriation est demandé et à autoriser en principe l'exercice de ce droit ; l'alinéa 2°, au contraire, est d'accord avec le point de vue du recourant d'après lequel le Grand Conseil doit décider quels sont les immeubles dont l'aliénation a un caractère d'utilité publique.

Mais l'art. 199 porte en outre que « toute décision du Grand Conseil déclarative d'utilité publique est prise sur la présentation des pièces suivantes :

« *a*) un état descriptif détaillé des lieux ;

» *b*) un plan général des travaux projetés et un devis détaillé des dépenses ;

» *c*) un relevé du plan cadastral certifié par le conservateur du cadastre, avec la désignation exacte et détaillée des propriétaires. »

L'obligation établie par ces textes de présenter au Grand Conseil dans tous les cas, donc aussi dans le cas prévu à l'alinéa 1° de l'art. 199, un plan général des travaux et un plan exact et détaillé des immeubles dont l'expropriation est requise ne peut avoir d'autre signification que celle-ci, c'est que le Grand Conseil ne doit pas seulement décider si l'expropriation se justifie en principe à raison du caractère

d'utilité publique de l'entreprise, mais aussi quels immeubles doivent en faire l'objet. Toute loi accordant le droit d'expropriation en faveur d'une entreprise déclarée d'utilité publique s'applique par conséquent aux immeubles désignés comme nécessaires à l'exécution de cette entreprise par la loi elle-même ou le plan sur la base duquel elle a été adoptée. Si, par la suite, d'autres immeubles sont jugés nécessaires dans le même but et ne peuvent être acquis de gré à gré, leur expropriation ne peut avoir lieu qu'en vertu d'une nouvelle loi, ainsi que cela ressort de la manière la plus évidente du dernier alinéa de l'art. 199, portant que « toute modification ultérieure au plan général des travaux projetés doit faire l'objet d'une loi spéciale. »

Dans le cas particulier, rien n'indique que la loi du 2 novembre 1892 ait été adoptée sur la base de plans prévoyant l'expropriation éventuelle de la parcelle de terrain objet de l'arrêté incriminé. Le Conseil d'Etat n'a pas même tenté de le soutenir. Dès lors cette expropriation ne pouvait être ordonnée que par une loi spéciale du Grand Conseil. En la décrétant de son chef, le Conseil d'Etat a méconnu le sens manifeste de l'art. 199 de la loi du 15 juin 1895 et commis un empiètement sur les attributions du pouvoir législatif.

L'art. 207 de la dite loi, sur lequel il s'est appuyé, ne saurait justifier sa compétence. Cet article dit que « lorsque, conformément à l'art. 199, une loi a déclaré que l'aliénation, soit des propriétés immobilières nécessaires à l'exécution d'un travail d'intérêt général, soit d'un immeuble ou d'un droit spécial qui n'a pu être acquis de gré à gré, est d'utilité publique, le Conseil d'Etat, d'office ou sur la demande des intéressés, prend un arrêté décrétant l'expropriation des immeubles ou du droit dont la vente ou la cession n'a pu être obtenue de gré à gré. » Le texte même de cette disposition montre qu'elle ne tend qu'à l'exécution des décisions que l'art. 199 place dans la compétence du Grand Conseil. Elle ne donne pas au Conseil d'Etat le droit de décider que l'acquisition d'un immeuble est d'utilité publique et peut être réalisée par voie d'expropriation forcée. Elle vise simplement

le cas où, après que le Grand Conseil a déjà tranché cette question, l'acquisition de l'immeuble déclaré expropriable n'a pu être obtenue de gré à gré. Il y a lieu alors de procéder à l'expropriation, et la première mesure à prendre dans ce but est un arrêté du Conseil d'Etat en conformité des art. 207 et suiv. de la loi.

Il va sans dire que les nécessités de l'entreprise en vue de laquelle l'expropriation de la parcelle de terrain du recourant a été ordonnée ne sauraient non plus justifier la compétence du Conseil d'Etut dans le cas particulier. Rien n'indique qu'en adoptant la loi du 2 novembre 1892 et en considération de ces nécessités, le Grand Conseil ait entendu renoncer, au profit du Conseil d'Etat, à une partie des compétences que lui reconnaissait la loi du 18 mai 1887 et que celle du 15 juin 1895 a maintenues. Le contraire résulte bien plutôt de l'art. 9 de la dite loi, disant que dans le cas où l'expropriation serait nécessaire, il serait procédé conformément aux dispositions de la loi du 18 mai 1887.

Il résulte de ce qui précède que l'arrêté attaqué du Conseil d'Etat est absolument inconciliable avec l'art. 199 de la loi du 15 juin 1895 et que son maintien impliquerait à l'égard du recourant une violation de l'égalité devant la loi.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est déclaré fondé et l'arrêté du Conseil d'Etat du canton de Genève, du 16 mars 1897, annulé.

68. Urteil vom 9. Juni 1897 in Sachen Bürki.

I. Christian Bürki, Landwirt in Wangen (Kantons Bern), schlug im Winter 1895—1896 auf einem ihm angehörenden Waldstück Holz und verkaufte einen Teil desselben nach dem Kanton Solothurn, ohne hiefür eine Bewilligung der bernischen Staatsbehörden eingeholt zu haben.

II. Durch Urteil der Polizeikammer des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern vom 30. Januar 1897 wurde Bürki:

a. Schuldig erklärt der Widerhandlung gegen die kantonalen Polizeivorschriften über Holzschläge und Flößungen vom 7. Januar 1824 und die kantonalen Polizeivorschriften über die forstwirtschaftliche Behandlung der Waldungen, sowie über Waldausreutungen, Holzschläge und Flößungen vom 26. Oktober 1853;

b. in Anwendung des § 1 Lemma 2 der genannten Verordnung vom 7. Januar 1824, § 19 litt. b der Verordnung vom 26. Oktober 1853, sowie der Art. 368 und 468 St.-B.

verurteilt: polizeilich zu 16 Mal 6 Fr. Buße, gleich 96 Fr., sowie zu den Kosten gegenüber dem Staat.

Diesem Urteile liegen im wesentlichen folgende Erwägungen zu Grunde:

Daß Bürki sich durch den Kahlschlag seiner Waldparzelle zum Handel und zur Ausfuhr aus dem Kanton ohne vorherige Einholung einer bezüglichen Bewilligung der Forstdirektion der Widerhandlung gegen § 1, Abs. 2 der Polizeivorschriften über Holzschläge und Flößungen vom 7. Januar 1824 schuldig gemacht habe, werde vom Angeschuldigten nicht in Abrede gestellt. Fraglich sei nur, ob die Bestimmungen, welchen Bürki zuwider gehandelt, weil mit Art. 31 B.-V. im Widerspruch stehend, unanwendbar seien. Die Polizeivorschriften vom 7. Januar 1824 und 26. Oktober 1853 hätten den Zweck, die freie Dispositionsbefugniß der Gemeinden, Rechtsamebesitzer und Partikularen über ihren Waldbesitz aus Gründen der Forstpolizei nach gewissen Richtungen hin einzuschränken, um einer Entwaldung des Landes

vorzubeugen. Da nun die Gefahr einer Entwaldung naturgemäß bei den Holzschlägen zum Zwecke des Holzhandels am größten sei und diese Gefahr mit dem Umfange des Absatzgebietes für den Holzhandel wachse, so bestimme § 1, Abs. 2 der Polizeivorschriften vom 7. Januar 1824, daß Partikulare für Holzschläge zum Zwecke des Handels und der Ausfuhr aus dem Kanton eine vorherige Holzschlagsbewilligung einzuholen haben. Diese im vorliegenden Falle in Betracht fallende Bestimmung unterstelle mithin lediglich die Holzschläge zum angeführten Zwecke einer forstpolizeilichen Kontrolle im Interesse des Waldschutzes, während der Handel selbst mit dem nach eingeholter Bewilligung geschlagenen Holze durch dieselbe in keiner Weise berührt werde. Daß nun derartige Einschränkungen der Dispositionsbefugnis über den Waldbesitz aus forstpolizeilichen Gründen dem Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit nicht widersprechen, liege auf der Hand. Ähnliche Bestimmungen enthalte das Bundesgesetz betreffend die eidgenössische Oberaufsicht über die Forstpolizei im Hochgebirge vom 24. März 1876 (Art. 11 und 13). Die Frage, ob die vorliegend anzuwendenden Polizeivorschriften über Holzschläge mit dem Art. 31 B.-V. im Widerspruch stehen, sei demnach zu verneinen.

III. Bürki hat beim Bundesgericht die Aufhebung des Entscheides der Polizeikammer beantragt. Seine Ausführungen sind wesentlich folgende:

Die Polizeivorschriften, auf welche sich das Urteil stütze, stehen im Widerspruch mit Art. 31 B.-V. Bürki habe denn auch deshalb beim Bundesrate Beschwerde eingereicht. Der genannte Entscheid enthalte aber noch eine Verletzung anderweitiger Rechte der Bürger: Nach den genannten Polizeivorschriften dürfe der „waldbesitzende Partikular" sein Holz nicht ohne Bewilligung außerhalb des Kantons führen, wohl aber dasselbe einem im Kanton Bern domizilierten Holzhändler verkaufen Ob nun letzterer das Holz innerhalb oder außerhalb des Kantonsgebietes verwende, sei gleichgültig. Er sei ja nicht „waldbesitzender Partikular" und werde von der Bestimmung des § 1, Abs. 2 der Polizeivorschriften vom 7. Januar 1824 nicht berührt. Hierin liege eine ungleiche Behandlung vor dem Gesetze und eine Verletzung von Art. 4 B.-V. (s. Entscheid des Bun-

desrates vom 3. April 1877; von Salis, Schweizerisches Bundesrecht, II, Nr. 537). Im übrigen seien die Polizeivorschriften vom 7. Januar 1824 nicht von der gesetzgebenden Behörde, dem Großen Rat, sondern von der Verwaltungsbehörde, dem Kleinen Rat, erlassen worden und hätten somit niemals Gesetzeskraft erlangt. Ebenso verhalte es sich mit den Polizeivorschriften vom 26. Oktober 1853. Die Promulgationsverordnung vom 9. April 1862 und das Dekret vom 17. Dezember 1862 seien nicht geeignet gewesen, den Erlaß einer Verwaltungsbehörde zu einem allgemein geltenden Staatsgesetz zu erheben und ihm Gesetzeskraft zu verschaffen, wie der bernische Regierungsrat in einem frühern Falle angenommen habe (Entscheidung des B.-Ger. vom 7. November 1890 in Sachen G. Lüthi). 1862 habe es sich darum gehandelt, festzustellen, was fortan noch zu Recht bestehen solle, nicht aber darum, regierungsrätliche Verordnungen zu Staatsgesetzen zu erheben. Die Polizeiverordnung sollte durch Aufnahme in die revidierte Sammlung der „Gesetze, Dekrete und Verordnungen" auch fernerhin als zu Recht bestehend anerkannt sein, aber als Verordnung und nicht als Gesetz. Indem der Richter die Polizeivorschriften von 1824 und 1853, welche niemals Gesetzeskraft erlangt haben, zur Anwendung brachte, habe er die verfassungsmäßigen Rechte der Bürger verletzt.

IV. In ihrer Vernehmlassung beantragt die Polizeikammer Abweisung des Rekurses und bemerkt dabei namentlich folgendes: Der Zweck der dem angefochtenen Urteil zu Grunde gelegten Bestimmungen über Holzschläge schließe selbstverständlich die Anwendung auf andere als waldbesitzende Personen aus. Bedürfe demnach der Holzhändler, welcher gekauftes Holz aus dem Kanton ausführe, hiezu der für den Waldbesitzer vorgeschriebenen Bewilligung nicht, so liege darin keine laut Art. 4 B.-V. unzulässige, ungleiche Behandlung (vgl. Bundesgerichtliche Entsch. VI, S. 33 ff.). Bezüglich der Frage, ob die Polizeivorschriften von 1824 und 1853 vom Standpunkte des kantonalen Staatsrechtes aus verfassungsmäßig seien, könne auf das Urteil der Polizeikammer vom 2. Dezember 1896 in Sachen Marcelin Boillat verwiesen werden. In diesem Urteil sei die Bedeutung der Promulgationsverordnung vom 9. April 1862 des Nähern

erörtert worden. Die offizielle Gesetzessammlung, heißt es darin, sei vom Großen Rate am 9. April 1862 genehmigt worden, d. h. vor Einführung des Referendums, und Art. 1 der Promulgationsverordnung verleihe ausdrücklich allen in der genannten Sammlung befindlichen Akten Gesetzeskraft.

In seiner Rekursbeantwortung schließt sich der Regierungsrat dem Antrage und den Ausführungen der Polizeikammer an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Das Bundesgericht findet sich nicht veranlaßt, seinen Entscheid über den vorliegenden Rekurs zu verschieben, bis sich der Bundesrat über dem bei ihm vom gleichen Beschwerdeführer eingereichten Rekurs betreffend Verletzung des Art. 31 B.-V. ausgesprochen haben wird. Es wird nämlich vom Rekurrenten hierorts vorab geltend gemacht, die Verordnungen, wegen deren Übertretung er bestraft wurde, hätten nach bernischem Rechte überhaupt niemals Gesetzeskraft gehabt, und es steht im weitern auch die dem Bundesgerichte vorgelegte Frage mit der dem Bundesrate unterbreiteten in keinem innern Zusammenhang.

2. Der Rekurrent gibt zu, daß er die Verordnungen vom 7. Januar 1824 und 26. Oktober 1853 übertreten habe und daß, wenn diese Verordnungen rechtsgültig sind, das Urteil der Polizeikammer unanfechtbar sei.

Es fragt sich also lediglich, ob die Rechtsgültigkeit derselben vom Rekurrenten mit Erfolg bestritten worden sei.

3. Nun hat laut Promulgationsverordnung vom 9. April 1862 der Große Rat des Kantons Bern beschlossen: „Es ist der gegenwärtigen revidierten Sammlung unserer Gesetze, Dekrete und Verordnungen, die mit unsern ältesten, noch in Kraft bestehenden Gesetzen beginnt und mit dem 31. Dezember 1861 abschließt, unter dem Titel: „Neue offizielle Gesetzessammlung des Kantons Bern" die hoheitliche Sanktion erteilt und es soll dieselbe... von dem 1. Januar 1863 hinweg in unserm ganzen Lande mit Gesetzeskraft eingeführt sein." Daß aber, wie die Polizeikammer behauptet, der Große Rat am 9. April 1862 die gesetzgebende Gewalt im Kanton Bern auszuüben hatte und daß sich die Verordnungen vom 7. Januar 1824 und 26. Oktober 1853 in der oben erwähnten Gesetzessammlung befinden, ist richtig. Demnach kann nicht gesagt werden, daß die Vor-

instanz der Verordnung vom 9. April 1862 auf eine willkürliche, gänzlich unstatthafte Weise Gesetzeskraft beigemessen habe. Ob die Auffassung der Polizeikammer dem wirklichen Sinne der betreffenden Verordnung entspreche, ist im übrigen eine Frage des kantonalen Gesetzesrechtes, welche sich nach bekanntem Grundsatze der Überprüfung des Bundesgerichtes entzieht.

Da Rekurrent nicht behauptet, daß die Verordnung vom 26. Oktober 1853 eine Abänderung erfahren habe und auch nicht geltend macht, daß trotz der Aufnahme in die offizielle Gesetzessammlung, Abrogation der fraglichen Dekrete stattfinden könne, so muß sein Hauptbeschwerdegrund — Bestrafung gemäß Gesetzen, denen nach bernischem Rechte Gesetzeskraft nicht zukommt — als unbegründet abgewiesen werden.

4. Was den weitern Beschwerdepunkt anbelangt, daß nämlich die erwähnten Verordnungen den in Art. 4 B.-V. aufgestellten Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetze verletze, so ist auch diesem keine Bedeutung beizumessen. Daß den Eigentümern von Waldungen die Holzausfuhr ohne spezielle Bewilligung untersagt ist, während sie den Holzhändlern freisteht, erscheint nicht als eine unzulässige Ungleichheit vor dem Gesetze. Auch den Holzhändlern ist als Produzenten die Ausfuhr verboten. Das Prinzip der Gleichheit vor dem Gesetze verlangt aber gleiche Behandlung der Bürger bloß unter der Voraussetzung der Gleichheit aller erheblichen thatsächlichen Verhältnisse (Amtl. Samml., VI, S. 172 ff.).

Allerdings hat der Bundesrat im Jahre 1877 (Bundesblatt 1878, II, S. 78) erklärt, ein im Urner Rechte bestehendes Verbot der Holzausfuhr außer Kanton verstoße gegen Art. 4 der Bundesverfassung. Diese Erklärung kann aber für das Bundesgericht nicht verbindlich sein, da dasselbe in Fällen von Verfassungsverletzung, die seiner Kognition unterliegen, selbständig zu urteilen hat (Art. 59 des Bundesgesetzes vom 27. Juni 1874 über die Organisation der Bundesrechtspflege).

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird als unbegründet abgewiesen.

III. Ausübung der wissenschaftlichen Berufsarten.
Exercice des professions libérales.

69. Urteil vom 1. April 1897 in Sachen Bühler.

A. Dem Dr. G. Bühler ist vom Staatsrat des Kantons Wallis am 2. Januar 1897 nach bestandenem Examen das Advokaturpatent erteilt worden, wodurch derselbe ermächtigt wurde, im Kanton Wallis seinen Beruf auszuüben. Für das Patent hatte derselbe eine Gebühr von 150 Fr. zu entrichten. Bühler gelangte nun gestützt auf Art. 5 der Übergangsbestimmungen zur Bundesverfassung an das bernische Obergericht mit dem Gesuch um die Bewilligung der Ausübung der Advokatur auch im Kanton Bern. Diese wurde ihm erteilt; es wurde ihm jedoch laut Schreiben der bernischen Obergerichtskanzlei vom 25. Januar 1897 für dieselbe (nebst einer Stempeltaxe) eine Patentgebühr von 150 Fr. gemäß Art. 18 des Reglements über die Patentprüfung der Fürsprecher und Notare vom 5. März 1887 abverlangt.

B. Hiegegen hat Dr. Bühler sofort den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht ergriffen, worin er unter Berufung auf den erwähnten Art. 5 der Übergangsbestimmungen zur Bundesverfassung darum nachsucht, daß die Erhebung einer Patentgebühr im Kanton Bern als unzulässig erklärt werde. In einem Nachtrag bemerkt der Rekurrent, daß er sich dem bernischen Obergericht gegenüber zur Bezahlung einer mäßigen Kanzleigebühr anerboten habe. Das Obergericht läßt sich in seiner Antwort vom 20. Februar 1897 dahin vernehmen, daß der Bezug der im Reglement vom 5. März 1887 vorgesehenen Patentgebühr von 150 Fr. sich mit dem Grundsatz der Freizügigkeit der wissenschaftlichen Berufsarten, wie er in Art. 5 der Übergangsbestimmungen zur Bundesverfassung aufgestellt sei, wohl vertrage, da die betreffenden Personen damit lediglich gleich behandelt würden, wie die mit einem bernischen Patent ausgerüsteten Advokaten, und da sie, wenn sie die Gebühr in zwei Kantonen be-

zahlen müßten, dafür auch in zwei Kantonen praktizieren dürften. Es sei denn auch bisher in keinem der zahlreichen Fälle, in denen Personen gestützt auf ein in einem andern Kantone erworbenes Patent die Bewilligung zur Ausübung der Advokatur im Kanton Bern erteilt worden sei, gegen die Forderung der Patentgebühr Einwendung erhoben worden.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Für die Ausübung der wissenschaftlichen Berufsarten im Gebiete der Eidgenossenschaft stellt die Bundesverfassung in Art. 33 und Art. 5 der Übergangsbestimmungen besondere Grundsätze auf, und es findet hierauf der die Freizügigkeit des Handels und Gewerbes im allgemeinen gewährleistende Art. 31 B.-V. keine Anwendung. Wie nun das Bundesgericht in Sachen Curti am 3. Dezember 1896 ausgesprochen hat, steht die verfassungsmäßige Garantie der durch Art. 5 der Übergangsbestimmungen dem Inhaber eines kantonalen Befähigungsausweises eingeräumten Rechte unter dem Schutze des Bundesgerichtes. Demgemäß ist dieses auch zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde, die sich darauf stützt, daß der Rekurrent in den ihm durch jenen Artikel 5 gewährleisteten Rechten verletzt werde, kompetent.

2. Wenn auch in Art. 33 al. 1 B.-V. es den Kantonen anheim gestellt ist, die Ausübung wissenschaftlicher Berufsarten von einem Ausweise über die Befähigung abhängig zu machen, so wird doch, abgesehen davon, daß in al. 1 die Ordnung der Voraussetzungen zum Erwerbe derartiger Ausweise durch Bundesgesetz für das ganze Gebiet der Eidgenossenschaft vorgesehen ist, in Art. 5 der Übergangsbestimmungen dem Inhaber eines von einem Kanton oder einer Konkordatsbehörde ausgestellten Befähigungsausweises die Freizügigkeit der Berufsausübung bundesrechtlich zugesichert. Es tritt also insoweit die in al. 1 des Art. 33 auf diesem Gebiet im allgemeinen vorbehaltene kantonale Hoheit vor derjenigen des Bundes zurück, und es ist da, wo kraft eidgenössischen Rechtes die Ausübung einer wissenschaftlichen Berufsart in allen Kantonen verlangt werden kann, kein Raum mehr dafür, daß letztere die Ausübung von der Erteilung eines kantonalen Patentes abhängig machen. Wenn daher nach Mitgabe der Bundesverfassung dem Rekurrenten gestützt auf den ihm im

Kanton Wallis ausgestellten Befähigungsausweis die Ausübung des Berufs auch im Kanton Bern gestattet werden mußte, ohne daß von ihm die Auswirkung eines bernischen Patentes verlangt werden konnte, so darf ihm auch nicht die Gebühr, von welcher die Erteilung eines solchen nach den im Kanton Bern bestehenden Vorschriften abhängig ist, abgefordert werden. Vielmehr ist er kraft eidgenössischer Vorschrift berechtigt, ohne daß es eines hoheitlichen Aktes der zuständigen Behörde des Kantons Bern bedürfte, seinen Beruf auch hier auszuüben, und erscheint die Auflage einer Patentgebühr, die nur da gefordert werden kann, wo ein Patent wirklich erforderlich ist, als verfassungswidrig. Damit ist nicht gesagt, daß nicht zum Zwecke der Kontrolle die Anmeldung des Rekurrenten bei der bernischen Aufsichtsbehörde für die Anwälte verlangt werden könne; und ebensowenig ist dadurch der Bezug einer mäßigen Kanzleigebühr ausgeschlossen. Denn selbstverständlich ist der Petent den Vorschriften polizeilicher und fiskalischer Natur des Kantons unterworfen, in dem er seinen Beruf auszuüben gedenkt, sofern dadurch nicht etwa die verfassungsmäßig garantierte Freizügigkeit illusorisch wird.

3. Für die Ausübung der medizinischen Berufsarten ist diese Auffassung in der bundesrechtlichen Praxis stets festgehalten worden (vgl. v. Salis, Bundesrecht, Bd. IV, Nr. 1619 bis 1621a, und Geschäftsbericht des Bundesrates pro 1895, B.-Bl. 1896, I, S. 882). Allerdings ist die Freizügigkeit der Medizinalpersonen insofern anders geordnet, als für dieselben ein eidgenössischer Befähigungsausweis besteht, gestützt auf den sie im ganzen Gebiete der Eidgenossenschaft zur Ausübung ihres Berufes zugelassen werden müssen. Trotzdem aber ist mit Bezug auf die Erhebung einer Patenttaxe die Frage hier keine andere, als wie bei den übrigen wissenschaftlichen Berufsarten, bei denen den Kantonen die Erteilung eines Befähigungsausweises noch vorbehalten ist. Es tritt im letztern Falle lediglich an Stelle des eidgenössischen ein kantonaler Ausweis, dem nach Bundesrecht die gleiche Kraft gegenüber den die freie Berufsausübung hemmenden Vorschriften anderer Kantone zukommt, und es kann deshalb auch bei den wissenschaftlichen Berufsarten, für die ein eidgenössischer Befähigungsausweis noch nicht besteht, die Freizügigkeit

von Kanton zu Kanton durch die Anwendung der Vorschriften über die Patentierung innerhalb des Kantons auf Inhaber von Patenten eines andern nicht erschwert werden, wiewohl zuzugeben ist, daß unter Umständen eine der Billigkeit nicht entsprechende, bessere Behandlung der letztern gegenüber den, um ein eigenes Patent des betreffenden Kantons sich bewerbenden die Folge der gegenwärtigen Ordnung der Dinge sein kann.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird im Sinne der Erwägungen begründet erklärt.

---

70. Urteil vom 5. Mai 1897 in Sachen Brunner.

A. Dr. jur. Albert Brunner, aus Solothurn, hat im Jahre 1886 in seinem Heimatkanton nach bestandenem Examen und Erfüllung der übrigen diesbezüglich durch das kantonale Recht aufgestellten Erfordernisse das Fürsprecher- und Notariatspatent erhalten. Seit dem Jahre 1893 praktiziert Dr. Brunner als Advokat in Basel. Er beabsichtigte nun, auch das dortige Notariatspatent zu erwerben, und nachdem ihm dies auf dem Wege der Ablegung der nach dem baselstädtischen Notariatsgesetz vom 6. Dezember 1869 geforderten Prüfung nicht gelungen war, wandte er sich unter Vorlegung seines solothurnischen Notariatspatentes an den Regierungsrat des Kantons Baselstadt, die zur Erteilung von solchen Patenten im dortigen Kanton zuständige Behörde, mit dem Gesuche, er möchte, gestützt auf Art. 31 und 33 B.-V., sowie Art. 5 der Übergangsbestimmungen dazu zur Ausübung des Notariats in Baselstadt zugelassen werden. Laut Beschluß vom 5. Dezember 1896 wurde jedoch dieses Gesuch abgewiesen.

B. Nun ergriff Dr. Brunner den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht wegen Verletzung der Art. 33 B.-V. und 5 der Übergangs-Bestimmungen dazu. Nach einer Darstellung über die Organisation und den Geschäftskreis des Notariats in den Kantonen Solothurn und Baselstadt, wird des längern auseinander-

gesetzt, daß dasselbe im Gegensatz zu Thätigkeiten, bei denen es im wesentlichen auf technische Fertigkeiten ankomme, als wissenschaftliche Berufsart zu betrachten sei, die in der Ausübung eines Teils der nichtstreitigen Rechtspflege bestehe. Dann müsse aber gemäß Art. 5 der Übergangsbestimmungen zur Bundesverfassung jeder Kanton, der die Institution eines freien Notariats besitze, den Notaren anderer Kantone die Ausübung des Berufs auf seinem Gebiete gestatten, und bleibe nur zu untersuchen, ob das Notariat des Kantons Baselstadt eine staatliche Beamtung sei oder nicht. Nun sei, wird weiter, in Anlehnung besonders an Laband, Staatsrecht, Bd. I, § 44, ausgeführt, das wesentliche Begriffsmoment eines Beamten das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis zum Staate, d. h. die Vepflichtung des Staates, den Beamten in Ausübung seiner Dienstpflicht zu schützen, und die Verantwortlichkeit für die gesetzmäßige Handhabung der Amtsgewalt einerseits, die Erfüllung der Beamtenpflichten andrerseits. Unerheblich für den Begriff des Beamten sei es, ob die Geschäfte, die einem solchen obliegen, obrigkeitlicher oder technischer Natur, ob sie höherer oder niederer Art seien, ob für die Verrichtungen eine Besoldung bezahlt werde oder nicht, und daß die Notare unter der Kontrolle und Disziplinargewalt staatlicher Behörden stünden und im Verzeichnis der Behörden und Beamten des Kantons Baselstadt aufgezählt seien. Auch wenn angenommen würde, daß die Thätigkeit des Notars, als Ausübung eines Teils der freiwilligen Gerichtsbarkeit im weitern Sinne, staatlicher Natur sei, so sei dies doch für die Beamtenqualität nicht entscheidend. Und wenn ferner auch in § 16 des Notariatsgesetzes von einer Ernennung des Notars die Rede sei, so sei darunter doch sachlich nur eine Patenterteilung, eine Bewilligung zum Gewerbebetrieb zu verstehen, womit die Ausdrucksweise in § 7 des Prüfungsreglements vom 8. Februar 1870, wo von Empfehlung zur Erteilung des Notariats gesprochen werde, und § 28 des Gesetzes, der von Entziehung des Notariats rede, sowie die Auskündigungsformel: „Dem Herrn . . . . ist „. . . . das Diplom eines öffentlichen Notars verliehen worden", und der Wortlaut des Patentes selbst übereinstimme. Es fehlen denn auch bei der Ernennung eines Notars die begleitenden Umstände, die sonst bei einer Wahl regelmäßig vorhanden seien. Die

Zahl der Notare sei nicht, wie die der Beamten, eine feste, und es finde eine vorherige Ausschreibung nicht statt; die Ernennung geschehe und müsse geschehen auf Vorschlag des Justizkollegiums, das wiederum an die reglementarischen Vorschriften gebunden sei. Ferner sei darauf hinzuweisen, daß es Notare gebe, die ihren Beruf nicht ausüben, und daß sie überhaupt zur Ausübung desselben weder allgemein noch in einzelnen Fällen angehalten werden können, da der Notar keine Amtsgewalt besitze und andrerseits keinen Amtsschutz genieße, indem strafbare Handlungen gegen den Notar nicht strafbare Handlungen gegen einen Beamten seien, daß derselbe nicht vom Staate honoriert werde, auch keinen Anspruch auf Pensionierung, kein Amtslokal, keinen Amtssitz und -Kreis habe und an keinerlei Vorschriften über Angestellte oder Bureaustunden gebunden sei. Der Notar sei ferner auch nicht kautionspflichtig, wie andrerseits der Staat für denselben nicht verantwortlich sei. Ein Hauptpunkt, der dafür spreche, daß die Notare keine Beamten seien, bestehe darin, daß dieselben einander Konkurrenz machen, wie die Konkurrenten aller andern freien Gewerbe und wissenschaftlichen Berufsarten. Ferner sei auch auf § 178 des Strafgesetzbuchs des Kantons Baselstadt zu verweisen, wo die Bestimmungen über Verbrechen von Beamten auf gewisse speziell aufgezählte Nichtbeamte, so auch auf die Notare, ausgedehnt würden. Überhaupt stelle sich das Notariat weder nach Entstehung, noch nach Inhalt und Endigung als ein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis dar, und sei denn auch der Notar im Gesetze vom 6. Dezember 1869 nirgends als Beamter bezeichnet. Schließlich sei auch noch auf den Ratschlag zum Entwurf des genannten Gesetzes zu verweisen, worin die Gründe dafür angegeben seien, weshalb man davon abgesehen habe, ein eigentliches Amtsnotariat einzuführen, wie denn auch darin ausdrücklich das im Gesetze vorgesehene als ein freies Notariat bezeichnet worden sei. Daraus ergebe sich, daß das Notariat im Kanton Baselstadt nicht als kantonale Beamtung organisiert, sondern als freier wissenschaftlicher Beruf zu betrachten sei, dessen Ausübung bloß abhängig sei von der Erfüllung der gesetzlich geforderten Requisite: juristische Prüfung, 24. Altersjahr, Aktivbürgerrecht, Leumund. Bezüglich des ersten Erfordernisses müsse nach Art. 5 der Übergangsbestim-

mungen zur Bundesverfassung das solothurnische Fürsprecher- und Notariatspatent des Rekurrenten als genügender Fähigkeitsausweis angesehen werden. Daß die übrigen Requisite vorhanden seien, werde nicht bestritten. Zum Schluß wird auf ein Gutachten von Professor Dr. Meili in Zürich verwiesen. Nebenbei wird auch ohne nähere Begründung Art. 4 der Bundesverfassung als verletzt bezeichnet. Der Antrag geht dahin, es sei, unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses, der Regierungsrat des Kantons Baselstadt anzuweisen, dem Rekurrenten die Bewilligung zur Ausübung des Notariats im Kanton Baselstadt zu erteilen.

In einem Nachtrag zieht Rekurrent seine Erörterungen in folgende Sätze zusammen:

1. Das Notariat ist, wie die Advokatur, eine kantonale Schöpfung.

2. Der Notar in Basel ist kein Staatsbeamter, sondern ein gewerbetreibender Privatmann.

3. Der Notar hat kein öffentliches Amt; seine Thätigkeit ist nicht staatlicher Natur, wenngleich sie unter den Begriff der freiwilligen Gerichtsbarkeit im weitern Sinne fällt. Und wenn sie auch staatlicher Natur wäre, so bliebe sie doch Gegenstand des Gewerbes eines Privatmannes, da das Notariat in Basel nicht als Beamtung organisiert ist.

4. Das Notariat ist eine wissenschaftliche Berufsart und hat somit Anspruch auf Freizügigkeit.

C. Der Regierungsrat des Kantons Baselstadt trägt in seiner Vernehmlassung auf Abweisung des Rekurses an, indem darauf abgestellt wird, daß die notarielle Thätigkeit eine öffentliche sei und die Notare in Ausübung dieser Thätigkeit den Charakter von Beamten hätten, über die den Kantonen das ausschließliche Recht der Gesetzgebung zustehe. Daß das Gesetz für diese öffentlichen Funktionen das Requisit einer wissenschaftlichen Bildung aufstelle, das durch ein Examen nachzuweisen sei, ändere hieran nichts, ebensowenig wie das Fehlen einer fixen Besoldung oder der Ersatz derselben durch Sporteln und die Lebenslänglichkeit der Anstellung. Dagegen sprächen alle übrigen über die Ernennung und Amtsführung der Notare bestehenden gesetzlichen Vorschriften für den öffentlich-rechtlichen Charakter ihrer Thätigkeit und ihre Eigenschaft als Beamte, wofür auf die §§ 1, 3, 4, 5, 11, 13, 15, 16,

22 ff. des Notariatsgesetzes und §§ 101 und 105 der Civilprozeßordnung verwiesen wird. Bezüglich der Ernennung wird beigefügt, daß nirgends vorgeschrieben sei, daß der Regierungsrat jeden Bewerber, der von der Justizkommission empfohlen werde, ernennen müsse, und ferner angebracht, daß nicht nur die Bestimmungen des Strafgesetzbuches über Verbrechen von Beamten auf Notare Anwendung finden (§ 178 des Strafgesetzbuchs), und daß demgemäß wer unbefugt das Notariatsgewerbe ausübe, gemäß § 60 leg. cit. wegen Anmaßung eines Amtes bestraft werde, sondern daß auch Beschimpfung, üble Nachrede und Verleumdung gegen Notare in Ausübung ihres Berufes oder in Bezug auf ihren Beruf nach §§ 129, 130 und 131, Abschnitt 2 des Strafgesetzbuches als Beamtenbeleidigung bestraft werde und daß demnach die Strafverfolgung auf Antrag der Staatsanwaltschaft stattfinde, nicht, wie bei den gewöhnlichen Beleidigungen, auf Privatklage des Verletzten hin. Alle übrigen Merkmale, die der Rekurrent anführe, seien ein Ausfluß der freien Organisation des Notariats im Kanton Baselstadt, im Gegensatz zu dem Amtsnotariat, vermöchten aber den Charakter des Instituts nicht zu verändern. Ein Gutachten von Professor von Salis in Basel, das der Regierungsrat seiner Vernehmlassung beigelegt hat, kommt zu folgenden Resultaten:

1. Das Notariat ist keine private Thätigkeit und deshalb weder ein Gewerbe noch ein Beruf im Sinne der Bundesverfassung; das Notariat ist vielmehr ein öffentliches Amt, der Notar verrichtet staatliche Geschäfte, er besorgt einen Teil der freiwilligen Gerichtsbarkeit (der Justizverwaltung).

2. Ob dem Notar Beamteneigenschaft zuerkannt wird oder nicht, ist für das Wesen seiner Thätigkeit nicht entscheidend; vielmehr ist aus der Art und Weise dieser Thätigkeit selbst ihr Wesen zu bestimmen.

3. Die Organisation der kantonal-staatlichen Geschäfte ist Sache der Kantone; von Bundes wegen ist daher nichts dagegen einzuwenden, wenn die Kantone einen Teil der Justizverwaltungssachen als Notariatsgeschäfte organisieren: Sie können, müssen aber nicht, einen besondern Notariatsdienst einrichten; sie können den Notar in die allgemeine Beamtenhierarchie eingliedern, sie können

ihm aber auch eine freiere Stellung einräumen, selbst eine solche Stellung, die dem Notariate ein gewerbeähnliches Ansehen gibt. Trotzdem findet weder Art. 31, noch Art. 33 der Bundesverfassung auf das Notariat Anwendung.

4. Und daher besteht auch für die Notare keine sog. „Freizügigkeit" in der Schweiz im Sinne des Art. 5 der Übergangsbestimmungen zur Bundesverfassung. Kraft Bundesrecht kann kein Kanton gezwungen werden, den in einem andern Kanton patentierten Notar in seinem Gebiet als Notar anzuerkennen und zur Ausübung des Notariats zuzulassen, vor Erfüllung der von ihm selbst aufgestellten Notariatsrequisite.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Kompetenz des Bundesgerichts ist gegeben, da der Rekurrent behauptet, durch den angefochtenen Beschluß des Regierungsrats des Kantons Baselstadt in dem Rechte der Freizügigkeit der wissenschaftlichen Berufsarten, wie es in Art. 5 der Übergangsbestimmungen zur Bundesverfassung dem Inhaber eines kantonalen Befähigungsausweises gewährleistet ist, verletzt zu sein.

2. Wenn schon über die Ausübung der wissenschaftlichen Berufsarten besondere verfassungsrechtliche Normen aufgestellt worden sind, so beruht doch auch die Ordnung dieser Materie auf dem gleichen Gedanken, wie der in Art. 31 der Bundesverfassung ausgesprochene Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit, dem Gedanken nämlich, daß die Erwerbsthätigkeit durch kantonale Schranken nicht gehemmt werden darf, daß vielmehr die Bürger in dieser Richtung im Gebiete der Eidgenossenschaft Freizügigkeit genießen sollen. Es zeigt sich dies deutlich darin, daß in Absatz 2 des Art. 33 B.-V., nachdem in Absatz 1 den Kantonen es vorbehalten worden ist, die Ausübung der genannten Berufsarten von einem Ausweise der Befähigung abhängig zu machen, die Schöpfung eines eidgenössischen Befähigungsausweises in Aussicht genommen und daß in Art. 5 der Übergangsbestimmungen inzwischen dem Inhaber eines von einer kantonalen oder einer Konkordatsbehörde ausgestellten Ausweises bundesrechtlich für die Ausübung seines Berufs das Gebiet der ganzen Eidgenossenschaft erschlossen wurde. Nun kann sich aber die Garantie der Freizügigkeit der wissenschaftlichen Berufsarten, wie von Handel und Gewerbe, naturge-

mäß nur auf die privatwirtschaftliche Thätigkeit der Bürger beziehen, während die Erfüllung der staatlichen Aufgaben, soweit dieselbe wenigstens staatlich organisiert ist, nicht darunter fällt. Dies folgt schon daraus, daß anzunehmen ist, es habe die Bundesverfassung, weil nicht ausdrücklich Ausnahmen statuiert sind, die Art und Weise der Besorgung der den Kantonen überlassenen Zweige des staatlichen Lebens vollständig diesen überlassen wollen. Ist es aber ausschließlich Sache der Kantone, festzusetzen, wie sie ihre Hoheitsrechte ausüben wollen, so kann es sich auch nur nach dem internen kantonalen Staatsrechte beurteilen, unter welchen Voraussetzungen jemand zur Besorgung einer organisierten staatlichen Thätigkeit zuzulassen sei. Somit kann sich jemand, der zu dieser Thätigkeit Zutritt zu erlangen wünscht, auf eine bundesrechtliche Vorschrift, die ihn der Erfüllung der kantonalen Requisite entheben würde, nicht berufen und trifft insbesondere die Garantie der Freizügigkeit von Handel und Gewerbe bezw. der wissenschaftlichen Berufsarten hier nicht zu.

3. Mit Recht wird denn auch in der Rekursschrift, wie in der Vernehmlassung das Hauptgewicht auf die Frage verlegt, ob das Notariat als eine freie wissenschaftliche Berufsart, oder ob dasselbe nicht vielmehr als organisierter Zweig der staatlichen Thätigkeit zu betrachten sei. Hierüber nun ist zu bemerken: Überall, wo ein Notariat besteht, ist dasselbe dazu berufen, bei gewissen Rechtsgeschäften mitzuwirken, sei es obligatorisch, sei es fakultativ, und wird dann in letzterm Falle den betreffenden rechtsgeschäftlichen Akten, wenn sie unter Mitwirkung eines Notars zustande gekommen sind, eine bestimmte höhere Autorität beigemessen; überdies genießen auch notarielle Bescheinigungen über einzelne, rechtlich relevante Thatsachen eine erhöhte Glaubwürdigkeit. Es befriedigen somit die notariellen Funktionen in bestimmtem Umfange das staatliche Interesse der Ordnung im Rechtsleben, und zwar reihen sich dieselben unter den Begriff der sog. nicht streitigen Rechtspflege oder freiwilligen Gerichtsbarkeit ein. Es wird als Aufgabe des Staates betrachtet, nicht nur in autoritativer Weise über Rechtsstreitigkeiten zu entscheiden und remedierend gegen Einbrüche in die Rechtsordnung aufzutreten, sondern auch durch Mitwirkung staatlicher oder staatlich bevollmächtigter Organe bei der Begrün-

dung, Änderung oder Auflösung von Rechtsverhältnissen die Rechtssicherheit zu erhöhen und in dieser Weise Rechtsverletzungen oder Verdunkelungen vorzubeugen. Wie die streitige, ist aber auch diese nichtstreitige Rechtspflege ein Zweig staatlicher Justizverwaltung, und wer dazu berufen ist, übt eine staatliche Funktion aus. Es handelt sich somit bei der Erteilung des Notariatspatentes oder der Ernennung zum Notar nicht allein um die Erklärung, daß der Ausübung dieses Berufes durch den Petenten gewerbepolizeilich kein Hindernis entgegenstehe, vielmehr liegt darin auch die Verleihung einer gewissen staatlichen Machtbefugnis, und es sind deshalb die Notare, wie die übrigen Organe der nichtstreitigen Rechtspflege als Träger eines Teils der Staatsgewalt und in diesem Sinne als Staatsbeamte aufzufassen. Dies trifft insbesondere auch zu für das baselstädtische Notariat. § 1 des Notariatsgesetzes vom 6. Dezember 1869 weist in den Geschäftskreis der Notare „alle Geschäfte der nichtstreitigen Rechtspflege, soweit die„selben nicht den Gerichten oder administrativen Behörden vor„behalten sind." Völlig klar tritt der staatliche Charakter der Notare ferner hervor in § 2 des Gesetzes, wo ihnen neben bestimmten Weisungen über die Ausübung ihrer spezifischen Berufspflichten die Aufgabe überbunden wird, bei Fallimentsmassen, zu deren Besorgung sie von den Gläubigern ernannt werden, mit den Kuratoren das beste der Masse nach Sage der Civilprozeßordnung in gleicher Weise zu wahren, wie es den Gerichts- und Bezirksämtern obliegt, und ferner überhaupt bei allen Verrichtungen darauf zu achten, daß der Staat nicht um die gesetzlichen Gebühren verkürzt werde. Es kann danach keinem Zweifel unterliegen, daß auf den Notar in Baselstadt, als Träger staatlicher Hoheitsrechte, die nur für freie Gewerbe geltenden verfassungsrechtlichen Bestimmungen über die Ausübung wissenschaftlicher Berufsarten nicht zutreffen. Allerdings mag der Zusammenhang gerade der wichtigsten notariellen Thätigkeit, der Verurkundung von Privatverträgen, mit der Staatsverwaltung etwas locker erscheinen. Allein auch diesen Verrichtungen wohnt ein hoheitliches Moment inne, indem nach §§ 105 und 107 der baselstädtischen Civilprozeßordnung den notariellen Urkunden eine erhöhte Beweiskraft zuerkannt ist, welcher Vorzug sich nur daraus rechtfertigt,

daß der Urkundsperson eine höhere, vom Staate abgeleitete Autorität beigemessen wird. Es sind denn auch die Notare hinsichtlich ihrer strafrechtlichen Verantwortlichkeit für ihre Verrichtungen den Beamten gleichgestellt (§ 178 des basl. Strafgesetzbuches), und es wird ferner auch nach einer Mitteilung der Staatsanwaltschaft von Baselstadt den Notaren gegenüber Angriffen auf die Berufsehre in gleicher Weise ein erhöhter strafrechtlicher Schutz gewährt, wie den Beamten, indem Strafverfolgung in solchen Fällen auch auf Antrag des Staatsanwaltes und nicht bloß auf Privatklage hin eintritt. Wird aber daran festgehalten, daß das Notariat eine organisierte staatliche Thätigkeit ist, so kommt darauf, daß die Notare nicht in geschlossener Zahl ernannt werden, und daß unter ihnen die Geschäftsverteilung sich nach den Regeln und Zufälligkeiten der sog. freien Konkurrenz richtet, daß eine Pflicht zur Ausübung des Berufs nicht besteht, daß zeitlich derselben keine Schranken gesetzt sind und daß die Honorierung der Verrichtungen nicht aus Staatsmitteln oder Sporteln geschieht, nichts an. Denn dafür, daß man es mit einer wissenschaftlichen Berufsart im Sinne des Art. 5 der Übergangsbestimmungen zur Bundesverfassung nicht zu thun hat, ist entscheidend der Umstand, daß das Notariat als solches bestimmte staatliche Aufgaben zu erfüllen hat, so daß sich dasselbe als Glied des zur Staatsverwaltung berufenen und mit der erforderlichen Staatshoheit ausgestatteten Behörden- und Beamtenorganismus darstellt (vergl. auch die Dissertation von Bertheau über Niederlassungsfreiheit, Gewerbefreiheit und politische Stimmberechtigung, S. 96 f. u. S. 175 unten). Danach erscheint aber die Berufung des Rekurrenten auf Art. 5 der Übergangsbestimmungen zur Bundesverfassung als verfehlt und seine Beschwerde als unbegründet. Wieso nämlich der angefochtene Beschluß des baselstädtischen Regierungsrats, wie ebenfalls, allerdings ohne nähere Begründung, geltend gemacht wird, gegen den Grundsatz der Gleichheit der Bürger vor dem Gesetze verstoßen soll, ist völlig unerfindlich.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird abgewiesen.

IV. Doppelbesteuerung. — Double imposition.

71. Urteil vom 29. April 1897 in Sachen Michael.

I. Christian Michael aus Pagig (Graubünden) wanderte 1849 nach den Vereinigten Staaten von Nordamerika aus und erwarb 1871 das dortige Bürgerrecht. Seiner daselbst mit Elisabeth Warren eingegangenen Ehe entsprangen zwei Kinder. Im Oktober 1884 verließ Michael mit seinem Sohne Karl Excelsior, wo er ein Heimwesen und Grundstücke zu eigen besaß, und begab sich nach Graubünden, um daselbst für ein Leiden Genesung zu suchen. Er nahm Wertpapiere im Betrage von circa 30,000 Fr. mit sich. Am 21. September 1885 starb er in Chur.

II. Ein in Chur wohnender Schwager des Verstorbenen, Christian Nauser, deponierte die erwähnten Wertpapiere auf seinen eigenen Namen bei der Bank für Graubünden in Chur und wurde auf sein Gesuch hin zum Vogt des Karl Michael bestellt und später auch zum Vogt der in Amerika zurückgelassenen Tochter des Christian Michael. Die Witwe des letzteren kam 1886 mit ihrer Tochter nach Chur und erwirkte einen kreisamtlichen Entscheid, demzufolge Nauser die in seiner Verwaltung befindlichen Bestandteile des Nachlasses des Christian Michael in gerichtliche Verwahrung geben sollte. Nausers Rekurs gegen diesen Entscheid wurde durch den Kleinen Rat abgewiesen. Unterm 22. April 1887 erkannte der Ausschuß des Bezirksgerichtes Plessur, daß der der Vogtei enthobene Nauser pflichtig sei, den Karl Michael und die von Christian Michael hinterlassenen Vermögensstücke der Witwe Michael herauszugeben. Der Kleine Rat bestätigte diesen Entscheid.

III. Inzwischen war Witwe Michael wegen einer an ihrem Trauschein vorgenommenen Fälschung in Untersuchung gezogen worden. Sie kehrte infolge dessen nach Amerika zurück. Daselbst erwirkte sie bei der Probate Court in Minneapolis, Hennepin County, Minnesota, unterm 29. März 1889 einen Entscheid, durch welchen sie als Wittfrau und ihre Kinder als nächste Verwandte und

alleinige gesetzliche Erben des Ch. Michael anerkannt wurden. Demgemäß wurde auch der Nachlaß desselben unter die genannten Erben verteilt. Am 7. Dezember 1892 wandten sich die Witwe und die Kinder des Michael an das Kreisamt Chur mit dem Begehren um sofortige Exekution des Urteils des Bezirksgerichtsausschusses Plessur vom 22. April 1887 und um Aushinfolge des Depositum Nausers. Kreisamt Chur und Kleiner Rat wiesen das Begehren ab. Letztere Behörde führte insbesondere aus: Der Entscheid vom 22. April 1887 habe dem Nauser die Herausgabe des Vermögens nur in seiner Eigenschaft als Vogt auferlegen können und wollen. Dagegen habe es sich im betreffenden Verfahren nicht um den Bestand oder Nichtbestand von Privatrechtsverhältnissen gehandelt. Nun seien aber vorliegend solche Verhältnisse streitig, indem Nauser der eheliche Vormund der Schwester des Michael sei und Ansprüche auf den Nachlaß Michaels erhebe. Eine Herausgabe des Nachlasses dürfe nur erfolgen auf Grund eines in der Erbstreitsache ergangenen Civilurteiles oder der Zustimmung der Beteiligten. Im übrigen sei ein Begehren auf Vollzug des Urteils der Probate Court von Minneapolis nicht gestellt worden.

IV. Gegen diesen kleinrätlichen Entscheid erklärten die Witwe und die Kinder des Michael den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht wegen Rechtsverweigerung und Verletzung des schweizerisch-amerikanischen Staatsvertrages vom 25. September 1850. Das Bundesgericht erklärte durch Urteil vom 13. Dezember 1894, daß während der Dauer des Besuches des Christian Michael in Chur sein Wohnsitz in Excelsior fortgedauert habe und daß daher gemäß Art. 6 des angerufenen Staatsvertrages der amerikanische Richter zur Beurteilung der Erbstreitigkeiten zum mindesten bezüglich des beweglichen Nachlasses allein kompetent sei. Da ein direktes Begehren auf Vollziehung des amerikanischen Urteils nicht gestellt worden sei, erkannte aber das Bundesgericht, es könne im Entscheid des Kleinen Rates eine förmliche Rechtsverweigerung nicht gefunden werden und wies die Beschwerde in diesem Sinne ab.

V. Am 20. April 1896 wurde die Erbschaftsstreitigkeit zwischen Witwe und Kinder Michael einerseits und Nauser anderseits

durch gütliches Abkommnis beglichen. Laut diesem Vergleich wurde das ausschließliche Erbrecht der Witwe und der Kinder anerkannt.

VI. Als der Anwalt der letzteren jedoch am gleichen Tage das durch das Kreisamt Chur verwaltete und bei der Bank für Graubünden in Chur angelegte bisher streitige Depositum in Empfang nahm, erfuhr er, daß die kantonalen und städtischen Steuerbehörden von demselben Steuern erhoben hatten. Mit Eingabe vom selben Tage an den Kleinen Rat des Kantons Graubünden bestritt der Vertreter der Familie Michael die Steuerpflicht derselben. Die angerufene Behörde wies die Beschwerde unterm 17. Juli 1896 ab. Es müsse genau unterschieden werden zwischen den zwei Hinterlassenschaften des Michael in Amerika und in Graubünden. Der von den Rekurrenten erhobene Anspruch auf Erbberechtigung vom Todestage des Erblassers an könne nur für die amerikanische Hinterlassenschaft Geltung haben, weil diese einstweilen nicht Gegenstand eines Streites war. Für den hierseitigen Erbschaftsteil komme dagegen § 483 des bündnerischen Privatrechtes in Betracht. Dieser bestimme: „Jede Verlassenschaft vertritt, so lange sie gültig weder angenommen noch abgelehnt wurde, als juristische Person den Erblasser in seinen Rechten und Verbindlichkeiten, soweit solche überhaupt vererbbar sind.“ Die in Chur deponierte Verlassenschaft habe von niemandem weder faktisch noch rechtlich angetreten oder abgelehnt werden können, so lange verschiedene Erbprätendenten bezüglich derselben gegenseitig im Streite gelegen seien. Wäre von vornherein festgestellt gewesen, daß Frau Michael und deren Kinder die einzigen Erbberechtigten auch für den bündnerischen Teil der Hinterlassenschaft des Michael seien und daß letzterer nie einen andern Wohnsitz gehabt als Excelsior, so hätte die von ihm in Chur zurückgelassene Summe selbstverständlich sofort den gegenwärtigen Rekurrenten verabfolgt werden müssen. So lange aber nicht diese beiden unbestrittenen Punkte sei es durch Gerichtsentscheid oder auf gütlichem Wege ihre Erledigung gefunden hätten, habe sich jener Erbschaftsteil in der Schwebe befunden und habe zufolge der obcitierten Bestimmung des bündnerischen Privatrechtes, als juristische Person den Erblasser in seinen Rechten und Pflichten vertreten. Zu diesen Ver-

bindlichkeiten des Erblassers aber habe die Steuerpflicht gehört, sobald er sich in einem Jahre länger als 4 Monate im Kanton Graubünden aufgehalten (§ 23 des kantonalen Steuergesetzes). Folglich habe auch die schwebende Erbschaft des Michael, welche ihn als juristische Person vertreten, Steuer entrichten müssen, so lange sie sich als solche nach Ablauf von 4 Monaten in Graubünden befunden habe.

VII. Gegen diesen ihnen am 6. August 1896 mitgeteilten Entscheid haben die Rekurrenten den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht ergriffen. Sie stellen darin folgende Begehren: Prinzipiell seien der Kanton Graubünden und die Stadt Chur als nicht berechtigt zu erklären, von dem fraglichen Depositum Steuern zu erheben. Die Kantonsfinanzverwaltung und die Stadtkassaverwaltung seien zur Rückerstattung der indebite bezahlten Steuern zu verpflichten. Die Kosten des Verfahrens und eine außergerichtliche Entschädigung von 100 Fr. seien dem Kantonsfiskus aufzuerlegen. Den Ausführungen der Rekurrenten ist im wesentlichen folgendes zu entnehmen: Das Kreisamt Chur scheine sich als Aufbewahrer des streitigen Geldbetrages gegenüber den Ansprüchen der Steuerbehörden von Anfang an in Opposition gesetzt zu haben. Der Kleine Rat habe jedoch mit Dekret vom 20. Oktober 1889 und sodann nochmals, in Sachen der Stadt Chur, mit Dekret vom 13. Oktober 1890 entschieden, daß die Kantons- und Stadtsteuer vom fraglichen Depositum zu erheben seien. Weder die Erben des Christian Michael noch ihr Vertreter hätten von der Besteuerung Nachricht erhalten. Letzterer habe die Besteuerung erst am 20. April 1896 erfahren, und habe am gleichen Tage an die Regierung rekurriert. Von einer Verwirkung der gegen obige Dekrete des Kleinen Rates zulässigen Rechtsmittel könne somit keine Rede sein. Nun sei die erwähnte Besteuerung durch keinerlei gesetzliche Bestimmungen gerechtfertigt und verstoße gegen den Grundsatz der Gleichhaltung Aller vor dem Gesetze, sowie gegen den Staatsvertrag zwischen der Schweiz und den Vereinigten Staaten von Nordamerika. Der Erblasser sei als in Amerika verstorben (s. Entsch. des Bundesgerichtes vom 13. Dezember 1894) und seine ganze Verlassenschaft, sogar die in Chur deponierten Mobilien als in Amerika liegend zu

betrachten. Es sei nicht richtig, daß zwei Erbschaften bestanden hätten. Nach internationalem Rechte und nach dem Staatsvertrag zwischen der Schweiz und den Vereinigten Staaten müsse die mobile Erbschaft als Einheit aufgefaßt werden (s. Entsch. des Bundesgerichtes in Sachen Wohlwend vom 24. November 1883, Amtl Samml., Bd. IX, S. 515 ff.). Selbst wenn es sich um eine hereditas jacens handeln würde — was nicht zutreffe — so wäre dieselbe in Amerika domiziliert und müßte als der amerikanischen Steuerhoheit unterstehend angesehen werden. Eine Besteuerung, welche über das Gebiet des Kantons hinübergreife, und Sachen oder Personen treffen soll, die unter anderer Steuerhoheit stehen, laufe dem bundesrechtlichen Verbote der Doppelbesteuerung zuwider. Die Bürger der Vereinigten Staaten genießen in der Schweiz gegen Doppelbesteuerung den gleichen Schutz wie die Schweizerbürger. Dies ergebe sich aus dem citierten Staatsvertrag, namentlich aus Art. 2 und 5 desselben. Das Bundesgericht habe nun entschieden, daß ein Kanton von transitierenden Gütern keine Vermögenssteuer erheben könne (Entsch. des Bundesgerichtes vom 20. Februar 1892 in Sachen Gotthardbahn, Amtl. Samml., Bd. XVIII, S. 8 ff.). Eventuell könnten sich die Erben Michael auf ihr Schweizerbürgerrecht berufen.

In seiner Vernehmlassung beantragt der Regierungsrat des Kantons Graubünden Abweisung des Rekurses aus formellen, eventuell aus materiellen Gründen. Er hebt hervor, daß gegen seine Entscheide und den Bezug der Steuern bis und mit dem Jahre 1895 innert nützlicher Frist keinerlei Rechtsmittel ergriffen worden seien und daß daher die diesbezügliche Beschwerde verwirkt sei. Materiell hält der Regierungsrat an den in seinen Verfügungen vom 12. Oktober 1889, 13. Oktober 1890 und 17. Juli 1896 aufgestellten Rechtssätzen fest. Er bemerkt im weitern, daß der Erbschaftsstreit zwischen Frau Michael und Nauser erst am 20. April 1896 geschlichtet worden sei und zwar durch Überlassung eines namhaften Teiles der Erbschaft an Nauser.

Die Stadt Chur beantragt in ihrer Antwort ebenfalls Abweisung des Rekurses mit dem Zusatz, daß die Steuer für die Jahre 1892—1896 an die Stadt noch zu zahlen sei. Der Nach-

laß des Christian Michael, wird ausgeführt, habe während der Dauer des Erbstreites eine hereditas jacens gebildet, dessen Domizil durch den Aufenthalt des Ch. Michael und durch dessen Tod in Chur bedingt sei. Die angefochtene Besteuerung stehe weder mit der Bundesverfassung, noch mit dem angerufenen Staatsvertrag im Widerspruch. Eine Doppelbesteuerung liege nicht vor. Die Frage der Doppelbesteuerung sei überhaupt interkantonal, nicht aber international zu prüfen, soweit es sich um Besteuerung von mobilem Vermögen handle. Endlich sei der vorliegende Steuerrekurs nach kantonalem Gesetze zu beurteilen und erscheine nach diesem Gesetze als verwirkt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Einrede der Verspätung des Rekurses ist unbegründet. Da es sich um den Schutz von Rechten handelt, die durch Verfassung und Staatsvertrag gewährleistet sind, so ist für die Berechnung der Beschwerdefristen einzig eidgenössisches Recht maßgebend. Die Rekurrenten behaupten nun, daß sie erst am 20. April 1896 von der Besteuerung des beim Kreisamte Chur liegenden Depositums Kenntnis erhalten haben. Diese Behauptung ist von Seite der beiden Rekursbeklagten unbestritten geblieben. Da die Beschwerdeführer am selben 20. April bei der kantonalen Regierung Einsprache erhoben und hernach gegen den am 6. August 1896 ihnen mitgeteilten Entscheid den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht am 27. September 1896 ergriffen, kann von einer Verwirkung des Beschwerderechtes nicht gesprochen werden (Art. 178 O.-G.).

2. Das Bundesgericht hat in seinem Urteil vom 13. Dezember 1894 in Sachen der Irene Elisabeth Michael und der Kinder des Christian Michael erkannt, daß während der Dauer des Besuches des Christian Michael in Chur dessen Wohnsitz in Excelsior (Vereinigte Staaten von Nordamerika) fortbestanden habe (Erw. 3). Es ist also im heutigen Streite ohne weiteres anzunehmen, daß Christian Michael zur Zeit seines Todes keinen rechtlichen Wohnsitz im Kanton Graubünden hatte.

3. Daraus folgt, daß die in Chur hinterlegte Geldsumme, auch wenn sie wirklich eine Erbschaft und nicht bloß ein Erbstück wäre, als ebenfalls in Excelsior domiziliert angesehen werden mußte.

Von dem Augenblicke an, wo die Erben des Christian Michael dessen Erbschaft antraten, konnte überhaupt von einer ruhenden Erbschaft nicht mehr gesprochen werden und das in Chur befindliche Depot gehörte von da an offensichtlich zum Vermögen dieser unbestrittenermaßen in Amerika wohnhaften Erben.

4. Obgleich Christian Michael sein Schweizerbürgerrecht nie aufgegeben hatte, war er bei seinem Tode, trotz seines damaligen Aufenthaltes in Chur, als Bürger der Vereinigten Staaten zu betrachten, da er auf dem Gebiete dieser Staaten domiziliert war.

5. Nun stellt der Vertrag zwischen der Schweiz und den Vereinigten Staaten von Nordamerika vom 25. November 1850 den Grundsatz auf, daß die Bürger der Vereinigten Staaten und die Bürger der Schweiz auf dem Fuße gegenseitiger Gleichheit zugelassen und behandelt werden, sobald diese Zulassung und diese Behandlung nicht mit verfassungsmäßigen oder gesetzlichen Bestimmungen sowohl der beiden Konföderationen als der einzelnen Staaten der kontrahierenden Teile im Widerspruch steht (Art. 1 des Vertrages). Daraus ergibt sich, daß Christian Michael, als Bürger der Vereinigten Staaten von Nordamerika, in der Schweiz den Anspruch auf die gleiche Behandlung hatte wie die Schweizerbürger und daß insbesondere das bei seinem Tode in Chur liegende Depositum der Steuerhoheit des Kantons Graubünden nur dann unterliegen kann, wenn ein am gleichen Orte deponiertes Vermögensstück eines in Graubünden verstorbenen, aber in einem andern Kantone domizilierten Schweizerbürgers der bündnerischen Steuerhoheit unterläge.

6. Die Frage jedoch, ob in letzterem Falle das betreffende Vermögensstück der Souveränität des Kantons Graubünden unterläge, ist gemäß konstanter bundesgerichtlicher Praxis zu verneinen. Diese Praxis hat nämlich stets daran festgehalten, daß das bewegliche Vermögen am Wohnorte des Eigentümers zu versteuern sei, und anderseits den Grundsatz aufgestellt, daß eine unzulässige Doppelbesteuerung immer vorliege, wenn ein Kanton eine Person seiner Steuerhoheit unterwerfen will, welche der Steuerhoheit eines andern Kantons untersteht, gleichviel, ob letzterer von seinem Hoheitsrechte wirklich Gebrauch macht.

7. Aus dem Gesagten muß gefolgert werden, daß weder der

Kanton Graubünden noch die Stadt Chur berechtigt sind, den in Chur befindlichen Teil des Nachlasses des Christian Michael der Vermögenssteuer zu unterwerfen.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird in dem Sinne begründet erklärt, daß der Kanton Graubünden und die Stadt Chur als nicht berechtigt erklärt werden, von dem im Gewahrsam des Kreisamtes Chur liegenden Depositum, herrührend aus dem beweglichen Nachlasse des Christian Michael, Steuern zu erheben.

---

72. Urteil vom 19. Mai 1897 in Sachen Hüsler.

A. Gottfried Hüsler von Benken, Kantons St. Gallen, hält sich seiner Ausbildung halber in Einsiedeln auf. Er hat daselbst seine Ausweisschriften deponiert und wird im Sinne der schwyzerischen Gesetzgebung als Aufenthalter betrachtet, dem auch das politische Stimmrecht zusteht. Gestützt auf Art. 7 des Steuergesetzes des Kantons Schwyz, wonach jeder männliche majorenne Einwohner des Kantons kopfsteuerpflichtig ist, sowie auf eine vom Kantonsrat des Kantons Schwyz im Jahre 1877 der Bestimmung gegebene Interpretation, wonach auch der Aufenthalter nach einem Aufenthalte von einem Jahre der Steuerpflicht unterliegt, wurde Hüsler von den zuständigen Steuerbehörden von Einsiedeln mit einer Kopfsteuer belegt. Eine Beschwerde desselben an den Regierungsrat wurde von diesem unterm 12./20. Februar 1897 abgewiesen, weil es sich um Entrichtung einer Personalsteuer handle, welche im Zusammenhang mit den durch den Aufenthalt erworbenen bürgerlichen Rechten stehe und weil der Fall einer bundesrechtlich unzulässigen Doppelbesteuerung nicht vorliege.

B. Gegen diesen Entscheid hat Namens des Gottfried Hüsler Dr. Gyr in Schwyz rechtzeitig den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht ergriffen. In erster Linie wird geltend gemacht, das Steuergesetz von 1854 habe die Aufenthalter nicht als steuerpflichtig erklärt, und durch eine bloße Interpretation Seitens des

Kantonsrates habe ein neuer Grundsatz in das Steuerrecht nicht eingeführt werden können. Ferner wird angebracht: Die Deposition der Ausweisschriften und die Erwerbung des Aufenthalts begründeten noch keineswegs die Steuerpflicht des Rekurrenten. Dieser beabsichtige nicht, in Einsiedeln dauernden Aufenthalt zu nehmen, wie er z. B. auch nie an politischen Abstimmungen teilgenommen habe. Rekurrent lebe in ungetrennter Haushaltung mit seiner Familie in Benken, Kantons St. Gallen, und sei der Steuerhoheit dieses Kantons unterworfen. Er könne daher nicht auch in Schwyz zur Steuer herangezogen werden, auch nicht zu einer bloßen Kopfsteuer. Demnach sei die angefochtene Schlußnahme des Regierungsrates des Kantons Schwyz aufzuheben.

C. Letzterer trägt in seiner Vernehmlassung auf Abweisung des Rekurses an. Was die authentische Interpretation des § 7 des schwyzerischen Steuergesetzes betreffe, so sei dazu der Kantonsrat nach § 39 der schwyzerischen Kantonsverfassung kompetent gewesen. Eine Doppelbesteuerung sodann könne bei den in Einsiedeln Studierenden nicht eintreten, da sie im Kanton Schwyz nur die Kopfsteuer bezahlten, der sie in ihrer Heimat während dieser Zeit nicht unterlägen. Es stelle sich die Kopfsteuer überhaupt als eine Art Correlat zum Stimmrecht dar, das der Rekurrent durch die Aufenthaltsbewilligung erlangt habe. Ob letzteres thatsächlich ausgeübt werde oder nicht, sei gleichgültig.

D. Der Regierungsrat des Kantons St. Gallen, dem Gelegenheit zur Anbringung seiner Bemerkungen gegeben worden ist, stellt das Gesuch, es möchte der Rekurs für begründet erklärt werden, da dem Kanton Schwyz ein Recht zur Erhebung einer Steuer gegenüber dem Rekurrenten, der der st. gallischen Steuerhoheit unterworfen sei, nicht zustehe.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

Wie das Bundesgericht bereits mehrfach ausgesprochen hat (vgl. z. B. Amtl. Samml., Bd. XXII, S. 6), begründet ein bloßer Aufenthalt zu Studienzwecken, sofern damit nicht die Absicht verbunden ist, dauernd am Studienorte Aufenthalt zu nehmen, keinen Steuerwohnsitz. Nun wird nicht einmal behauptet, daß Rekurrent beabsichtige, sich dauernd in Einsiedeln niederzulassen. Vielmehr scheint zugegeben werden zu wollen, daß das

Steuerdomizil des Rekurrenten sich in Benken, Kantons St. Gallen, wo dessen Eltern wohnen, befindet. Und in der That vermag die Einlage der Ausweisschriften in Einsiedeln, die bloß zum Zwecke der Regelung der polizeilichen Aufenthaltsverhältnisse erfolgte, und die Zulassung zum kantonalen Stimmrecht für einen Studierenden, der sonst noch in gemeinsamem Haushalt mit seiner Familie lebt, einen selbständigen Steuerwohnsitz für denselben nicht zu begründen. Dagegen wird nun eingewendet, daß durch die Heranziehung zur Kopfsteuer das Verbot der Doppelbesteuerung nicht verletzt werde, da es sich nicht um eine eigentliche Steuer handle und da diese im Kanton St. Gallen vom Rekurrenten nicht bezogen werde. Wie jedoch in der bundesgerichtlichen Praxis stets festgehalten wurde, kommt es einmal für die Frage, ob eine unzulässige Doppelbesteuerung vorliege, nur darauf an, ob der Betreffende im Zeitpunkte, da er mit einer Steuer belegt wurde, in abstracto der Steuerhoheit eines andern Kantons unterstehe, und es ist gleichgültig, ob letzterer von seinem Steuerrechte wirklich Gebrauch mache oder nicht. Ferner hat das Bundesgericht auch schon entschieden, daß die Kopfsteuer als eigentliche, in das übrige Steuersystem sich einreihende, Steuer und nicht etwa als bloße polizeiliche Gebühr zu betrachten sei (vgl. Amtl. Samml., Bd. VIII, S. 704). Sobald daher feststeht, daß Rekurrent nicht der Steuerhoheit des Kantons Schwyz untersteht, so kann er von diesem auch nicht mit einer Kopfsteuer belegt werden.

Muß aber aus diesen Gründen der Rekurs geschützt werden, so braucht auf den weitern Beschwerdegrund, der aus einer Mißachtung der verfassungsmäßigen Kompetenzausscheidung durch den schwyzerischen Kantonsrat hergeleitet wird, nicht eingetreten zu werden.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird begründet und die Besteuerung des Rekurrenten im Kanton Schwyz, unter Aufhebung des angefochtenen Entscheides des schwyzerischen Regierungsrates, als unzulässig erklärt.

---

73. Urteil vom 9. Juni 1897 in Sachen Sarasin, Stähelin & Cie.

A. Unterm 10. Oktober 1896 reichte Advokat Dr. Feigenwinter in Basel namens der Firma Sarasin, Stähelin & Cie. daselbst dem Bundesgerichte einen staatsrechtlichen Rekurs gegen die Staatssteuer-Rekurskommission des Kantons Baselland schaft ein, worin in thatsächlicher Beziehung angebracht wird: Rekurrentin, deren zwei persönlich haftende Gesellschafter, A. Stähelin-Vischer und J. Sarasin-Schlumberger, in Basel wohnten, sei Eigentümerin mehrerer Baumwollspinnereien. Der größte Teil derselben mit einem versteuerbaren Werte von 1,016,880 Mark sei in Haagen, badischen Amts Lörrach, gelegen. In Baselland betreibe die Firma in der Neuenwelt, Gemeinde Münchenstein, eine Fabrik von 6000 Spindeln. Für deren Betrieb verwende sie in der Neuenwelt selbst nur einen Fabrikvorsteher mit einem Bureauangestellten, während die Hauptleitung des Geschäfts, und zwar sowohl die technische, als namentlich die kommerzielle, von Basel aus vor sich gehe: hier befänden sich ihre Bureaus, würden die Rohprodukte entgegengenommen, die Fabrikate verladen, und die ganze Buchhaltung besorgt. Bei der Taxation des Vermögens und des Einkommens zur Besteuerung habe nun natürlich auf diese Verzweigung des Gesamtgeschäftes in drei verschiedene Steuergebiete Rücksicht genommen werden müssen. So besteuere Baden seit Jahren von dem Einkommen aus dem daselbst liegenden Geschäfte, mit Rücksicht darauf, daß dieses technisch ganz von dort aus geleitet und nur der kaufmännische Teil in Basel abgewickelt werde, 68 %. Hinsichtlich des Geschäftes in der Neuenwelt habe sich die Rekurrentin für die Steuerperiode 1896—1898 für ein Einkommen von 14,000 Fr. eingeschätzt. Es sei diese Einschätzung ein freiwilliges Entgegenkommen gegenüber dem Kanton Baselland und der Gemeinde Münchenstein gewesen und es habe dieselbe auf einer Durchschnittsberechnung des buchmäßigen Ertrages des dort befindlichen Geschäftes basiert, indem man angenommen habe, daß mit Rücksicht auf die Art des Geschäftsbetriebes auf die Thätigkeit des Hauptgeschäftes in Basel mindestens 40 %

des Ertrages aus diesem Geschäft und auf Neuenwelt nur 60 % berechnet werden dürfen. Dieser Ansatz sei nun von der obersten Taxationsbehörde des Kantons Baselland, der Staatssteuer-Rekurskommission, laut Beschluß vom 3. August 1896 auf 30,000 Fr. erhöht worden, und auf eine Beschwerde hiegegen sei der Regierungsrat von Baselland nicht eingetreten. Obschon nun die Steuerbehörde von Baselstadt es bisher geduldet habe, daß die Inhaber der Firma in Basel als Einkommen nur den Betrag zu versteuern brauchten, der nicht auswärts schon versteuert werde, so stehe es doch außer Zweifel, daß dieselbe einen Abzug von 30,000 Fr. für in Baselland versteuerbares Einkommen nicht zugeben werde und mit Recht nicht. Deshalb werde gegen die beabsichtigte Besteuerung des Einkommens in Baselland gestützt auf Art. 46 B.-V. staatsrechtliche Beschwerde erhoben. In rechtlicher Beziehung wird zunächst auf die bundesgerichtlichen Entscheide in Sachen Bühler-Egg (Amtl. Samml., Bd. I, Nr. 8) und in Sachen Imhof (Bd. XVI, S. 627), sowie auf Blumer-Morel, Bundesstaatsrecht, 3. Auflage, S. 416, verwiesen und sodann bemerkt: Die richtige Lösung der Frage scheine Speiser in seiner Abhandlung über das Verbot der Doppelbesteuerung (Zeitschrift für schweiz. Recht, Bd. VI, S. 23/24) zu bieten, wenn er verlange, daß die Einkommenssteuer durchwegs als Subjektsteuer behandelt werde. Danach könnte aber vorliegend eine Einkommenssteuer von dem Geschäfte in Baselland, da sich dessen Hauptleitung in Basel befinde, und da dessen Hauptleiter ebenfalls dort wohnen, in ersterm Kantone überhaupt nicht erhoben werden. Rekurrentin halte immerhin eine Teilung für billig und angemessen, wie sie denn auch während 3 Jahren anstandslos in Baselland ein Einkommen von 14,000 Fr. versteuert habe. Allein gegen eine Besteuerung des gesamten Einkommens aus dem Geschäfte müsse sie auftreten, und zwar entspreche eine Teilung im Verhältnis von 40 % für Baselstadt zu 60 % für Baselland den Verhältnissen. Jedenfalls müßten die Teilhaber der Firma Sarasin, Stähelin & Cie. für berechtigt erklärt werden, den in Baselland zur Versteuerung gelangenden, auf sie fallenden Teil des gesamten Einkommens in Basel in Abzug zu bringen. Überdies wird geltend gemacht, daß in den Akten keinerlei objektive

Anhaltspunkte dafür zu finden seien, weshalb das Einkommen von 14,000 Fr. auf 30,000 Fr. erhöht worden sei, so daß diese Taxation als willkürliche auch aus dem Gesichtspunkte der Rechtsverweigerung aufzuheben sei. Die Anträge gehen dahin:

1. Der Entscheid der basellandschaftlichen Staatssteuer-Rekurskommission vom 3. August 1896 solle aufgehoben und als rechtsunverbindlich erklärt werden.

2. Die basellandschaftlichen Behörden sollen nicht als berechtigt erklärt werden, das Geschäft der Firma Sarasin, Stähelin & Cie. überhaupt zur Einkommens- und Erwerbssteuer heranzuziehen.

3. Eventuell soll dieses Einkommen für die nächste Steuerperiode auf 14,000 Fr. festgesetzt werden.

4. Ganz eventuell sollen die beiden Inhaber der Firma berechtigt erklärt werden, in Basel denjenigen Betrag ihres Einkommens weniger zu versteuern, mit welchem sie über 14,000 Fr. hinaus in Baselland steuerpflichtig erfunden werden.

B. Der Regierungsrat von Baselland bemerkt in seiner Vernehmlassung zunächst, daß daselbst in den Jahren 1893—1895 von der Rekurrentin an Erwerbseinkommen nicht 14,000 Fr., sondern 16,000 Fr. versteuert worden seien, und führt dann aus: Daß die Ansicht, es sei die Rekurrentin in Baselland überhaupt nicht erwerbssteuerpflichtig, haltlos sei, brauche kaum des ausführlichen nachgewiesen zu werden. Ein Fabriketablissement, das 90 Arbeiter beschäftige und einen eigenen, im Fabrikareal wohnhaften Direktor besitze, müsse wohl als Zweiggeschäft anerkannt werden. Dann sei aber auch nach bundesrechtlicher Praxis die Rekurrentin in Bezug auf den auf dieses Etablissement entfallenden Erwerb in Baselland steuerpflichtig. Auch von einer Doppelbesteuerung könne nicht die Rede sein: In Baselland sei nur derjenige Teil des Erwerbes besteuert worden, der aus dem daselbst gelegenen Etablissemente fließe. Die Festsetzung der Höhe dieses Erwerbs aber sei Sache der kantonalen Behörden und könne nicht zum Gegenstand eines Rekurses an das Bundesgericht gemacht werden. Endlich sei auch der Vorwurf der Willkürlichkeit unbegründet. Die kantonalen Taxationsbehörden hätten, und daraus erkläre sich die erhebliche Differenz im Erwerbsansatze der früheren und der gegenwärtigen Steuerperiode, bei der letzten Einschätzung die in den letzten

Jahren bezüglich der Besteuerung der sämtlichen Zweigniederlassungen in Baselland gemachten Erfahrungen zu Rate gezogen und eine vergleichende Prüfung aller in Betracht fallenden Faktoren vorgenommen; besonders seien die Zahl der Arbeiter, sowie die Höhe des im Geschäfte engagierten Brutto- und Nettovermögens berücksichtigt worden, wobei sich erzeigt habe, daß das Geschäft der Rekurrentin das letzte Mal gegenüber andern derartigen Geschäften erheblich zu niedrig taxiert worden sei, zumal da diesem Etablissement eine große Wasserkraft steuerfrei zur Verfügung stehe und somit die Betriebskosten verhältnismäßig gering seien.

C. Der Regierungsrat von Baselstadt ist ebenfalls zur Eingabe seiner Bemerkungen eingeladen worden und er hat sich in einer Zuschrift vom 23. Januar 1897 wesentlich folgendermaßen vernehmen lassen: Von Baselstadt sei nie bestritten worden, daß die Inhaber der rekurrierenden Firma in Basel dasjenige Einkommen in Abzug bringen können, das aus dem Geschäftsbetrieb in Baselland fließe. Wenn nun aber Baselland dieses Einkommen auf 30,000 Fr. schätze, so erscheine diese Taxation angesichts des geringen Umfanges des Etablissementes in der Neuenwelt und der gedrückten Lage der schweizerischen Baumwollindustrie unbedingt als zu hoch, es sei denn, daß die basellandschaftliche Steuerbehörde dem Hauptgeschäfte in Basel von dem Geschäftsertrage gar keinen Anteil gönnen wolle, was nicht angehe. Gerecht erscheine die Zuweisung von 40 % des Gesammteinkommens der Rekurrentin an den Hauptsitz, und von 60 % an die Fabriken in Baden und in Baselland; und weiter wären nach der Zahl der Spindeln von letztern 60 % 50 dem Geschäfte in Baden und 10 demjenigen in Baselland zuzuteilen. In einem Nachtrag vom 13. Februar 1897 wird unter Bezugnahme auf den bundesgerichtlichen Entscheid in Sachen der Industriegesellschaft für Schappe vom 10. Dezember 1896 ausgeführt, es könne nicht angehen, daß bei der Schätzung des versteuerbaren Einkommens eines in verschiedenen Kantonen etablierten Industriellen die kantonalen Steuerbehörden in der Taxation des auf sie fallenden Anteils völlig frei seien, sondern es müsse denselben das Bundesgericht gegen derartige Taxationen, wenn die Gesamtsumme derselben das wirkliche Gesamteinkommen überschreite, seinen Schutz gewähren. Ferner dürfte wohl auch

nachgewiesen werden können, daß man es vorliegend mit einer eigentlichen Doppelbesteuerung zu thun habe. Denn thatsächlich bewege sich der Streit nicht darum, ob die basellandschaftliche Steuerbehörde das aus objektiven Zahlen nachweisbare Geschäftseinkommen der dortigen Geschäftsniederlassung richtig taxiert habe, sondern darum, ob dieselbe von dem Gesamteinkommen des Geschäfts in gerechter und billiger Weise denjenigen Teil und nur denjenigen Teil der basellandschaftlichen Steuer unterworfen habe, der aus der dortigen Zweigniederlassung herrühre, oder ob sie nicht Einkommen zur Besteuerung heranziehe, das nicht in Baselland, sondern unter einer andern Steuerhoheit entstanden sei.

D. In Beantwortung der Eingaben des Regierungsrates von Baselstadt hält derjenige von Baselland daran fest, daß die basellandschaftlichen Steuerbehörden jeweilen ausschließlich nur auf die Größe und den Umfang des dortigen Geschäftsbetriebs abgestellt hätten und daß es ihnen nicht eingefallen sei, das Steuerrecht von Baselstadt irgendwie zu schmälern. Eventuell tritt der Regierungsrat ferner auch dem Vorschlag der Verteilung des Gesamteinkommens im Verhältnis von 40 % für Baselstadt, 50 % für Baden und 10 % für Baselland entgegen. Es wurde dann noch Aufschluß darüber verlangt, in welcher Weise und in welchem Maße von den Steuerbehörden von Baselland bei der Einschätzung der Rekurrentin dem Umstande Rechnung getragen worden sei, daß das Fabriketablissement in Neuenwelt nicht ein selbständiges, abgeschlossenes Einkommen erzeuge, sondern daß das Gesamteinkommen erst durch die vereinigte Thätigkeit der Fabriketablissemente in Baselland und Baden und der technischen Oberleitung, sowie insbesondere der den Güterumsatz besorgenden kaufmännischen Thätigkeit hervorgebracht werde. Hierauf bemerkte der Regierungsrat von Baselland, daß er nicht in der Lage sei, auf die in dieser Form gestellte Anfrage genauere Auskunft zu erteilen, und zwar schon deshalb nicht, weil ihm der Umfang des Etablissementes in Baden, sowie des speziell kaufmännischen Geschäftes in Basel nicht bekannt sei, und weil ferner die Rekurrentin noch nie Gelegenheit geboten habe, an Hand der Geschäftsbücher das Gesamteinkommen festzustellen. Den Antwortschriften möge nachgetragen werden, daß eine Verzinsung des in Baselland angelegten Netto-

vermögens, das 490,000 Fr. betrage, zu 4 % schon eine Summe von 19,600 Fr. ergebe; würden ferner als Geschäftsgewinn per Arbeiter und per Tag nur 50 Rappen angesetzt, so ergebe sich wiederum ein Betrag von 90 × 300 × 50 oder 13,500 Fr., zusammen also 33,100 Fr., so daß der Ansatz von 30,000 Fr. für das Etablissement in Münchenstein offenbar nicht zu hoch gegriffen sei.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Rekurrentin bestreitet in ihrer Beschwerdeschrift dem Kanton Baselland aus dem Gesichtspunkte des Verbots der Doppelbesteuerung überhaupt das Recht, sie zur Einkommenssteuer heranzuziehen und stellt unter Ziffer 2 ein entsprechendes Begehren. Der Regierungsrat von Baselstadt nimmt diesen Standpunkt nicht ein, sondern gibt zu, daß die rekurrierende Firma für einen Teil ihres Gesamterwerbes in Baselland steuerpflichtig sei und behauptet nur, daß die Art und Weise der Besteuerung im letztern Kanton eine von Verfassungs wegen unzulässige Doppelbesteuerung mit sich bringe. In der That kann grundsätzlich dem Kanton Baselland das Recht der Besteuerung des Einkommens der Rekurrentin, soweit es heute in Frage steht, d. h. soweit dasselbe aus dem Fabrikationsgeschäft in Baselland herrührt, nicht abgesprochen werden. Rekurrentin hat in der verflossenen Steuerperiode stets anstandslos in Baselland Einkommenssteuer bezahlt und sich auch für die gegenwärtige Periode dort für einen Erwerb von 14,000 Fr. selbst eingeschätzt. Es könnte sich deshalb schon fragen, ob sie nicht dadurch ihre Steuerpflicht grundsätzlich anerkannt und das Recht der Beschwerde wegen Unzulässigkeit der Besteuerung verwirkt habe. Abgesehen aber davon erscheint der Steueranspruch des Kantons Baselland prinzipiell als begründet. Es handelt sich um einen in zwei Kantonen sich abwickelnden Geschäftsbetrieb und zwar befinden sich in beiden ständige Einrichtungen und Anstalten, die zur Gewinnung des Gesamteinkommens beitragen, in Baselstadt die Bureaus, von denen aus, wie behauptet wird, die höhere technische und die gesamte kommerzielle Leitung des Geschäftes betrieben, sowie namentlich der Ankauf der Rohstoffe und der Verkauf der Ware besorgt und die Buchhaltung geführt wird, in Baselland die Fabrik, in der unter Leitung

eines besondern, dort domizilierten Direktors die Umwandlung der Rohstoffe und deren Veredlung in Marktware vor sich geht. In beiden Kantonen ist die Rekurrentin für den betreffenden Zweig ihrer Geschäftsthätigkeit der öffentlichen Einrichtungen teilhaftig; in beiden genießt sie für ihre auf dem Gebiete derselben befindlichen Betriebsmittel den staatlichen Schutz. Besteht aber darnach im Kanton Baselland eine unter besonderer Leitung stehende produktive Anlage, so kann bundesrechtlich nichts dagegen eingewendet werden, daß letzterer Kanton den hierauf sich ergebenden Gewinn auch zur Steuer heranziehe. Es kann bei derartigen Verhältnissen vom Standpunkte des interkantonalen Rechtes aus die Einkommenssteuer aus einem Gewerbe oder Geschäft nicht als Personalsteuer behandelt werden, so daß nur das Subjekt, dem das betreffende Einkommen schließlich zufließt, an seinem ordentlichen Steuerdomizil damit belegt werden könnte; denn dann wäre der Erwägung, daß die Steuer ein Beitrag an die öffentlichen Bedürfnisse und eine Art Gegenleistung für die Benutzung der öffentlichen Einrichtungen sei, keinerlei Rechnung getragen; die Steuerberechtigung wäre von der Frage, wo und wie das Einkommen verdient worden ist, unabhängig, und maßgebend wäre bloß das noch mehr zufällige Moment des Wohnsitzes des Geschäftsherrn. Dies würde aber offenbar zu einer unsachgemäßen und der allgemeinen Rechtsauffassung nicht entsprechenden Bevorzugung der Centren, in denen die Inhaber der Geschäfte wohnen oder von denen aus sie die Leitung derselben besorgen, zu Ungunsten der Gegenden, wo die Fabrikation vor sich geht, führen. Vielmehr ist daran festzuhalten, daß bei Geschäften, wie das vorliegende, soweit es sich um die Lösung von Steuerkonflikten zwischen verschiedenen Kantonen handelt, zum Bezug der Einkommenssteuer in gewissem Umfange jeder Kanton befugt ist, in dessen Gebiet sich ständige Anstalten und Einrichtungen des Geschäftes befinden, sofern wenigstens jede für sich und selbständig einen wesentlichen Teil des Gewerbebetriebes besorgt. Das Begehren der Rekurrentin unter Ziffer 2 ist darnach abzuweisen.

2. Ist aber auch grundsätzlich das Besteuerungsrecht des Kantons Baselland für den Geschäftsgewinn der Rekurrentin anzuerkennen, welcher sich aus der auf basellandschaftlichem Gebiet be-

findlichen Fabrikanlage ergibt, so muß dann doch anderseits bei der Ausübung dieser Steuerhoheit darauf Rücksicht genommen werden, daß in gewissem Umfange die Rekurrentin auch dem Kanton Baselstadt gegenüber einkommenssteuerpflichtig ist. Baselstadt hat das Recht, denjenigen Ertrag zur Versteuerung heranzuziehen, der dort (durch die kaufmännische und die technische Oberleitung) gewonnen wird; und Baselland ist nur befugt, den Gewinn mit Steuern zu belegen, der sich aus der auf dortigem Gebiete sich vollziehenden Fabrikation ergibt. Unter solchen Umständen ist es aber notwendig, daß die Steuerbehörden der beteiligten Kantone in ihren bezüglichen Steuerentscheiden genau die Faktoren bezeichnen, auf welche sie ihre Steuerentscheide stützen, denn nur so wird es möglich, zu prüfen, ob nicht der nämliche Faktor in zwei Kantonen zur Berechnung des Steuerbetrages herbeigezogen und dadurch eine bundesrechtlich unzulässige Doppelbesteuerung herbeigeführt worden sei. Dem Entscheide der basellandschaftlichen Steuerbehörde mangeln nun in dieser Richtung genügende Angaben über die von ihr in Rechnung gezogenen Steuerfaktoren, und es wird dadurch eine Lösung der Frage, ob eine unzulässige Doppelbesteuerung vorliege, verunmöglicht. Nach den Eingaben der Regierung von Baselland ist es sogar wahrscheinlich, daß dort auch das aus der Oberleitung des Geschäftes fließende Einkommen, das nur im Kanton Baselstadt steuerpflichtig ist, mit eingeschätzt worden sei, was nicht angeht. Demgemäß muß die Einschätzung der Rekurrentin vom 3. August 1896 aufgehoben werden, wie dies unter Ziffer 1 der Beschwerdeschrift beantragt wird.

3. Das eventuelle dritte Begehren der Rekurrentin kann nicht zugesprochen werden, weil das Bundesgericht keineswegs Taxationsbehörde ist, es vielmehr den kantonalen Steuerorganen überlassen werden muß, auf den angegebenen, verfassungsmäßigen Grundlagen die Taxation vorzunehmen. Nach dem Entscheid über die andern Begehren fällt ferner auch das vierte eventuelle als gegenstandslos dahin. Und was endlich die Beschwerde der Rekurrentin wegen willkürlicher Einschätzung betrifft, so braucht dieselbe unter den obwaltenden Umständen nicht weiter geprüft zu werden.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird im Sinne der Erwägungen begründet erklärt. Demgemäß wird der Entscheid der basellandschaftlichen Staatssteuer-Rekurskommission vom 3. August 1896 aufgehoben und die Sache zu neuer Behandlung an die basellandschaftlichen Steuerbehörden zurückgewiesen. Die Anträge der Rekurrentin unter Ziffer 2, 3 und 4 werden dagegen abgewiesen.

V. Niederlassung und Aufenthalt.

Etablissement et séjour.

Stellung der Niedergelassenen zur Heimatgemeinde.

Position des citoyens établis vis-à-vis de leur commune d'origine.

74. Urteil vom 8. April 1897 in Sachen Eglauf.

A. Konrad Eglauf von Andhausen (Bezirk Weinfelden), wohnhaft in Kümmertshausen (Bezirk Bischofszell), ist durch Beschluß des Gemeinderates Erlen vom 24. Oktober 1896 aus seiner Wohnsitzgemeinde, wo er mit seiner Familie seit mehreren Jahren niedergelassen ist und wo er auch eine Liegenschaft besitzt, ausgewiesen worden. Der Beschluß stützt sich in thatsächlicher Beziehung namentlich darauf, daß Eglauf wegen mehreren Vergehen gerichtlich bestraft worden sei, und in rechtlicher Beziehung auf Art. 45 B.-V. Eine Beschwerde an den Regierungsrat wurde unterm 8. Januar 1897 abgewiesen, da die Vergehen, die Eglauf begangen habe, in ihrer Mehrzahl zu den schweren gezählt werden müßten, die Voraussetzungen der Ausweisung nach Art. 45, Al. 3 B.-V. somit vorhanden seien.

B. Gegen diesen Entscheid hat namens des Eglauf Fürsprech Labhart in Romanshorn rechtzeitig den Rekurs an das Bundesgericht ergriffen. Er macht geltend, daß die vom Rekurrenten be-

gangenen Vergehen nicht als schwere zu qualifizieren seien, oder daß dann doch nicht die Rede von wiederholten schweren Vergehen sein könne. Demgemäß wird beantragt, es sei der Gemeinderat Erlen anzuhalten, dem Rekurrenten auch fernerhin in Kümmertshausen Niederlassung zu gewähren. Eventuell wird darum nachgesucht, daß jedenfalls die Familie des Rekurrenten von der Ausweisung ausgenommen werde.

C. Der Regierungsrat des Kantons Thurgau besteht, unter Hinweisung auf den Bericht der ständerätlichen Kommission in der Rekurssache Frauenfelder (B.-B. von 1883, Bd. IV, S. 742) darauf, daß hier der Thatbestand der mehrfachen Bestrafung wegen schwerer Vergehen vorliege und bezeichnet den eventuellen Antrag, wonach jedenfalls die Familie in Kümmertshausen sollte bleiben dürfen, als unzweckmäßig, namentlich deshalb, weil die Heimatgemeinde des Eglauf nur eine halbe Stunde von Kümmertshausen entfernt liege.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

Ob man es mit schweren Vergehen im Sinne des Art. 45, Al. 3 der Bundesverfassung zu thun habe, beurteilt sich nicht ohne weiteres danach, ob auf ein Delikt schwere oder leichte Strafen angedroht seien. Sondern es kommt wesentlich auch darauf an, ob die Natur des Vergehens oder die Art seiner Begehung auf eine derart zum Verbrechen geneigte Anlage oder eine so wenig die Schranken des Rechts achtende Gesinnung schließen lasse, daß die allgemeine Sicherheit der Mitbürger und die öffentliche Ordnung innerhalb eines Gemeinwesens beständig bedroht erscheinen. Auch solche Individuen, die sich mehrfach, an sich nicht schwer bestrafter, aber doch in ihrer Gesamtheit eine gewisse Gemeingefährlichkeit offenbarender Delikte schuldig gemacht haben, sollen des Rechts der freien Niederlassung nicht teilhaftig sein (vergl. Amtl. Samml., Bd. XX, S. 733 und ferner von Salis, Bundesrecht II, Nr. 428 und 435). Vorliegend nun ist Rekurrent bestraft worden:

1. im Jahre 1880 wegen Körperverletzung im Affekte zu Geldbuße, eventuell 10 Tagen Gefängnis;

2. im Jahre 1883 wegen rechtswidriger Thätlichkeit zu Geldbuße, eventuell 2 Tagen Gefängnis;

3. im Jahre 1889 wegen leichtsinnigen Bankerottes, Ungehor-

sams gegen amtliche Befehle, Erbrechen von Amtseingaben und Amtsehrverletzung zu Gefängnis von 2 Monaten;

4. im Jahre 1895 wegen Amtsehrverletzung und gefährlicher Drohung zu 14 Tagen Gefängnis;

5. im Jahre 1896 wegen Diebstahls zu 3 Tagen Gefängnis;

6. im gleichen Jahre wegen rechtswidriger Thätlichkeit zu drei Wochen Gefängnis.

Alle diese Bestrafungen zeigen, wenn sie auch an sich nicht besonders schwer sind und zum Teil längere Zeit zurückliegen, doch das Bild eines Menschen, von dem beständig strafbare Einbrüche in die Rechtsordnung Behörden und Privaten gegenüber befürchtet werden müssen, und von diesem Gesichtspunkte aus sind die betreffenden Vergehen unbedenklich als so schwer zu bezeichnen, daß die administrative Maßnahme der Wegweisung gerechtfertigt erscheint. Immerhin kann sich diese nur auf den Rekurrenten selbst beziehen, während die unschuldigen Familienglieder dadurch nicht betroffen werden dürfen. Wenn einer solchen Scheidung gegenüber auf die Einheit der Familie hingewiesen werden will, so ist hiegegen zu bemerken, daß der Rekurrent selbst eventuell das Begehren stellt, es möchte jedenfalls seine Familie nicht ausgewiesen werden, so daß anzunehmen ist, daß er mit einer allfälligen Trennung einverstanden sei (Amtl. Samml., Bd. XXI, S. 938).

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird abgewiesen, immerhin in der Meinung, daß sich die Ausweisung auf die Familie des Rekurrenten nicht erstrecken darf.

---

75. Urteil vom 29. April 1897 in Sachen Bryner.

I. Johann Bryner von Winterthur hat bei der Polizeibehörde der Stadt Solothurn einen ihm von den zürcherischen Behörden unterm 29. Februar 1892 ausgestellten Familienheimatschein deponiert und sich für sich und seine Ehefrau Anna geb. Lang um die Bewilligung zur Niederlassung in der Gemeinde Solothurn beworben. Mit einer Zuschrift vom 4. Februar 1897 an das

kantonale Polizeidepartement beantragte das Oberamt Solothurn-Lebern in Übereinstimmung mit dem Ammannamte der Einwohnergemeinde Solothurn den Eheleuten Bryner-Lang die Niederlassung zu verweigern und dieselben auszuweisen. Zur Begründung dieses Antrages wurde ausgeführt, die genannten Eheleute beabsichtigten die Errichtung eines Bordells und gemäß Auszug aus dem zürcherischen Fahndungsblatte seien über sie bereits folgende Strafurteile verhängt worden:

a. über Johannes Bryner:

1. am 12. März 1890 wegen betrügerischem Bettel 14 Tage Gefängnis;

2. am 15. August 1891 wegen vorsätzlicher Körperverletzung 1 Monat Gefängnis;

3. am 27. Juli 1892 wegen Gehülfenschaft bei Kuppelei (Betrieb eines Bordells) 1 Woche Gefängnis und 50 Fr. Buße;

4. am 30. Oktober 1895 wegen Kuppelei 14 Tage Gefängnis;

b. über Anna Bryner geb. Lang:

1. am 27. Juli 1892 wegen Betriebs eines Bordells 3 Wochen Gefängnis und 50 Fr. Buße;

2. am 30. Oktober 1895 wegen Kuppelei 14 Tage Gefängnis.

II. Am 27. März 1897 hat der Regierungsrat des Kantons Solothurn den Eheleuten Bryner die Niederlassung im Kanton verweigert und beschlossen, die Familie habe das kantonale Gebiet innert 8 Tagen zu verlassen, ansonst polizeiliche Ausweisung erfolgen würde. Die solothurnische Regierung stützte ihren Beschluß darauf, daß über die Eheleute Bryner die erwähnten Strafurteile verhängt worden seien und daß zudem am 15. März 1897 das Amtsgericht Solothurn-Lebern Johann Bryner wegen Kuppelei nnd Wirten ohne Patent zu einer Gefängnisstrafe von 1 Monat und einer Geldbuße von 50 Fr. verurteilt hatte.

III. Unterm 29. März 1897 hat sodann Bryner für sich und seine Ehefrau beim Bundesrate das Begehren gestellt, es sei der Beschluß vom 27. März aufzuheben und der Regierungsrat von Solothurn anzuweisen, die Beschwerdeführer bis nach dem Entscheid über ihren Rekurs im Kanton zu dulden. Im wesent-

lichen wird ausgeführt: Die allegierten Strafurteile werden nicht geleugnet. Durch dieselben werde aber die regierungsrätliche Verfügung nicht gerechtfertigt. Die Petenten seien im Besitze von Ausweisschriften (Art. 45, Abs. 1 der B.-V.) und hätten auch nicht die bürgerlichen Rechte und Ehren in Folge eines strafgerichtlichen Urteils verloren (Art. 45, Abs. 2, ibidem); letzteres werde vom Regierungsrat nicht einmal behauptet. Es könne sich also lediglich darum handeln, ob die Verweigerung der Niederlassung nach Art. 45, Abs. 3 der B.-V. statthaft sei. Dies sei nach der Rechtssprechung des Bundesrates und der Bundesversammlung zu verneinen. Solche Vergehen, wie sie zur Verweigerung der Niederlassung angeführt werden, seien niemals zu „schweren" gerechnet worden. Das Solothurner Strafgesetz belege dieselben auch mit geringen Strafen. Seit Jahren werde übrigens in Solothurn ein zweites Bordell geduldet.

IV. Das eidg. Justiz- und Polizeidepartement hat den Rekurs der Eheleute Bryner dem Bundesgerichte, als in seine Kompetenz fallend (Art. 175 und 189 O.-G.), übermittelt. Am 12. April hat der Präsident des Bundesgerichtes verfügt, es sei bis zum Entscheide über den Rekurs dem Beschlusse vom 27. März 1897 keine Folge zu geben. Gegen diese Verfügung wurde vom Regierungsrate während der ihm zuvor hiezu angesetzten Frist keine Einsprache erhoben.

V. In seiner Rekursbeantwortung beantragt der Regierungsrat Abweisung des Rekurses. Er gibt zu, daß laut Art. 45, Abs. 3 B.-V. die Niederlassung denjenigen, welche wegen schwerer Vergehen wiederholt gerichtlich bestraft worden, wohl entzogen, aber nicht verweigert werden könne. Damit sei dem Richter die Gelegenheit zu strengern Maßregeln bloß für den Fall erneuerten unsittlichen Lebenswandels des Niedergelassenen gegeben. Im vorliegenden Falle hätten aber die Rekurrenten, wenigstens der Ehemann Bryner, schon am 8. Junuar 1897, d. h. längere Zeit vor Einreichung ihres Niederlassungsgesuches, sich des gleichen schweren Verbrechens schuldig gemacht, dessentwegen sie an ihrem frühern Wohnort bereits wiederholt bestraft worden sind. Die Präsumption, sie dürften sich am neuen Wohnsitze eines bessern befleißen, sei also in casu eine falsche gewesen. Es könne daher

die Niederlassungsverweigerung trotz mangelnden strafgerichtlichen Ehrenentzuges nach dem Sinne und Geiste des Art. 45 der B.-V. als gerechtfertigt erscheinen. Übrigens werde der Regierungsrat für den Fall, daß die Beschwerde wegen Niederlassungsentzug begründet erklärt werden sollte, unmittelbar hernach auf Grund der vorliegenden Thatsachen den Entzug der Niederlassung beschließen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Bei der Prüfung der Frage, ob ein schweres Vergehen im Sinne des Art. 45, Abs. 3 der B.-V. vorliege, haben sich Bundesrat und Bundesversammlung, auch gegenüber der durch das gerichtliche Strafurteil ausgesprochenen Anschauung, die selbständige Würdigung des einzelnen Falles vorbehalten. Dabei wurde die für die öffentliche Sicherheit und Sittlichkeit zu Tage tretende Gefahr jeweilen ganz besonders in Berücksichtigung gezogen (Salis, Schweiz. Bundesrecht II, Nr. 428). Demgemäß sind die Vergehen, für welche Rekurrent am 27. Juli 1892, 30. Oktober 1892 und 15. März 1897 bestraft wurde, und diejenigen, für welche über seine Ehefrau in zwei Fällen Strafurteile ergingen, als „schwere" Vergehen im Sinne des Art. 45, Abs. 3 der B.-V. zu betrachten.

2. Im übrigen deckt sich der gegenwärtige Fall mit dem vom Bundesrat behandelten Fall Frauenfelder (Salis, loc. cit. II, Nr. 426). In Betreff des letztern hat der Bundesrat erkannt, daß, wenn eine Person seit der Niederlassung zwar nicht mehr strafrechtlich verurteilt wurde, sich jedoch eines fortgesetzten sittenlosen Lebenswandels schuldig gemacht hat, die kantonalen Behörden sich auf diese letztere Thatsache in Verbindung mit frühern vor der Niederlassung ergangenen Strafurteilen zur Rechtfertigung der Ausweisung berufen dürften. Vorliegend hat sich Rekurrent in Solothurn nicht nur eines unsittlichen Lebenswandels schuldig gemacht, sondern er wurde auch daselbst wegen Kuppelei strafrechtlich bestraft. Für Ausweisung sprachen also im gegenwärtigen Falle noch gewichtigere Gründe als im Falle Frauenfelder, und es liegt keine Veranlassung vor, die frühere Praxis zu Gunsten des heutigen Rekurrenten zu mildern.

3. Diesen Ausführungen gegenüber kann nicht eingewendet werden, die Niederlassung dürfe gemäß Art. 45, Abs. 3 der B.-V.

nur entzogen, nicht aber verweigert werden, und, da Bryner nicht im Besitze einer Niederlassungsbewilligung sei, lasse sich überhaupt von einem Entzug derselben nicht sprechen. Ist nämlich Bryner nicht im Besitze einer förmlichen Niederlassungsbewilligung, so hält er sich doch thatsächlich in Solothurn auf und es kann seine Rechtsstellung nicht deswegen eine günstigere sein, weil ihm eine ausdrückliche Bewilligung zur Niederlassung fehlt.

Jedenfalls hat der Beschwerdeführer kein rechtliches Interesse an der Gutheißung seines Rekurses, da ihm die Niederlassung sofort nach ihrer Bewilligung wieder entzogen werden könnte und, nach der Erklärung des Regierungsrates, in der That auch entzogen würde.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird abgewiesen und es hat bei dem Beschlusse des Regierungsrates des Kantons Solothurn vom 27. März 1897 sein Bewenden.

---

76. Urteil vom 6. Mai 1897 in Sachen Wyß.

A. Joseph Wyß von Hünenberg (Kt. Zug) siedelte im November 1896 von Horw (Kt. Luzern), wo er ungefähr zwei Jahre gewohnt hatte, mit seiner Ehefrau nach Sarnen über. In Horw war derselbe fruchtlos ausgepfändet worden, was nach luzernischem Rechte dessen Einstellung im Aktiv- und Passivwahlrecht zur Folge hatte (§ 22 des Einführungsgesetzes zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 30. Mai 1891). In Sarnen übt Wyß das Gärtnerhandwerk aus, während seine Ehefrau ein Geschäft angefangen hat. Auf ein bald nach deren Einzug bei der Gemeindebehörde von Sarnen eingereichtes Begehren um Bewilligung der Niederlassung erhielt Wyß keinen förmlichen Bescheid. Nach einem Auszug aus dem Protokoll des Regierungsrates vom 4. Dezember 1896 ist dasselbe immerhin vom Gemeindepräsidenten von Sarnen der genannten Behörde vorgelegt worden, die jedoch mit Rücksicht darauf, daß der Petent nicht mehr im Besitze des Aktivbürgerrechts sei, beschloß, denselben aufzufordern, innert

14 Tagen den Kanton zu verlassen. Da ferner auch in Sarnen gegen Wyß Verlustscheine ausgestellt werden mußten, überwies ihn der Regierungsrat gleichzeitig zur „Strafabwandlung" dem Polizeigericht von Obwalden. Dieses holte einen Bericht der Gemeindebehörde von Horw ein, der dahin lautete, Wyß habe während eines fast dreijährigen Aufenthaltes daselbst zu Strafklagen nicht Anlaß geboten, doch müßten oder könnten ihm wegen etwas leichtsinnigen Geschäftsbetriebes und Schuldenmachens Vorwürfe gemacht werden. Gestützt hierauf und die eingelegten Verlustscheine erklärte dann das Gericht unterm 29. Dezember 1896, Wyß habe sich der „fruchtlosen Pfändung schuldig gemacht" und stellte denselben demgemäß in Anwendung von Art. 26 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs, sowie Art. 83, Abs. 1 der daherigen kantonalen Vollziehungsverordnung bis zur Befriedigung seiner Gläubiger, bezw. bis zur gesetzlichen Rehabilitation im Aktivbürgerrecht ein. Nach Einlage von neuen Verlustscheinen wurde unterm 6. Februar die ausgefällte Einstellung bestätigt. Inzwischen hatte sich die Ehefrau Wyß selbständig um Bewilligung der Niederlassung bei der Gemeindebehörde von Sarnen beworben. Unterm 13. Januar 1897 hatte jedoch der Regierungsrat von Obwalden, an den das Begehren von der Gemeindebehörde von Sarnen mit dem Antrag auf Abweisung überwiesen worden war, beschlossen, dem Gesuche dermalen nicht zu entsprechen, dies „mit „Rücksicht darauf, daß Frau Wyß in ungetrennter Ehe mit ihrem „Manne Joseph Wyß lebt und dieser somit als Familienhaupt „angesehen werden muß, daß demselben aber selbst, weil nicht im „Besitze des Aktivbürgerrechts, die Niederlassung verweigert wor„den, sowie ferner, daß wenn in analogen Fällen die Niederlas„sung alsdann der Ehefrau erteilt werden müßte, die einschlägigen „Bestimmungen des Art. 45 der Bundesverfassung illusorisch wür„den." Von diesem Beschlusse war der Frau Wyß am 23. Januar 1897 Kenntnis gegeben worden, und am 13. Februar erhielt der Ehemann im Auftrage des Regierungsrates von der Standeskanzlei die nochmalige Aufforderung, den Kanton bis spätestens zum 1. März zu verlassen, unter Androhung polizeilicher Abschiebung. Auf Anfrage vom 16. hin endlich wurde dem Joseph Wyß am 18. durch die Standeskanzlei förmlich mitgeteilt, daß ihm die Niederlassung in Gemäßheit von Art. 45 der Bundes-

verfassung nicht erteilt worden sei, weil er als fallit nicht im Besitze des Aktivbürgerrechts sich befinde.

B. Mit Eingabe vom 22. Februar 1897 erhoben die Eheleute Wyß, vertreten durch Fürsprech Dr. Gelzke in Luzern, gegen die regierungsrätlichen Beschlüsse und Verfügungen, wonach ihnen die Niederlassung in Sarnen verweigert wurde, den staatsrechtlichen Rekurs beim Bundesgericht. Nach einer Kritik über das beobachtete Verfahren wird wesentlich geltend gemacht: Dem Joseph Wyß sei das Aktivbürgerrecht nicht durch strafgerichtliches Urteil entzogen worden; vor seiner Übersiedelung nach Horw sei er nie bestraft worden und das Urteil des Polizeigerichts von Nidwalden vom 29. Dezember 1896 könne erstlich überhaupt nicht in Betracht fallen, weil es auf die Verhältnisse ankomme, wie sie bei der Einreichung des Gesuches um Erteilung der Niederlassungsbewilligung vorlägen, und zweitens sei dasselbe kein Strafurteil, wofür auf den Fall Dahinden, und die vom Nationalrate damals angenommenen Erwägungen (Salis, Bundesrecht, Bd. II, Nr. 412) verwiesen wird: Sei aber die Verweigerung der Niederlassung gegenüber dem Ehemann Wyß verfassungswidrig, so falle auch der Grund, weshalb der Ehefrau dieselbe nicht gestattet worden sei, dahin.

C. Der Regierungsrat des Kantons Obwalden trägt in seiner Vernehmlassung auf Abweisung des Rekurses an. Er giebt zu, daß Wyß bei Stellung seines Niederlassungsgesuches nicht vorbestraft gewesen sei, stellt aber dann fest, daß derselbe bei seiner Übersiedlung nach Sarnen schon von Luzern her wegen Ausstellung von Verlustscheinen das Aktivbürgerrecht eingebüßt und daß er schon vor der Behandlung des Niederlassungsgesuches für Obwalden daselbst wegen fruchtloser Pfändung die gerichtliche Einstellung im Aktivbürgerrecht verwirkt habe. Es sei nämlich, wird in letzterer Beziehung bemerkt, das Niederlassungsgesuch des Rekurrenten, das zunächst nicht förmlich gestellt, sondern nur angekündigt worden, durch den Regierungsrat am 4. Dezember 1896 nur « anticipando » abschlägig beschieden worden, und erst am 13. Januar 1897 sei ein definitives Gesuch, und zwar von Frau Wyß, zur Behandlung vorgelegen, d. h. erst nach Ausfällung des Urteils vom 29. Dezember 1896. Letzteres müsse, da die Bestimmung in Art. 83 der obwaldenschen Vollziehungsverordnung zum

eidgenössischen Betreibungs- und Konkursgesetz eben auf dem Unterschied zwischen verschuldetem und unverschuldetem Konkurs, bezw. verschuldeter und unverschuldeter fruchtloser Pfändung beruhe, als eigentliches Strafurteil betrachtet werden, wie denn auch in der daherigen Praxis jeweilen darauf abgestellt worden, ob dem Konkursiten oder Ausgepfändeten eine Schuld beizumessen sei, bezw. in welchem Grade ihn ein Verschulden treffe. Der Fall Dahinden sei dem vorliegenden keineswegs analog und überhaupt nicht typisch; namentlich gehe es nicht an, die vom Nationalrat damals angenommenen Motive zu verwerten, da diese vom Ständerat ausdrücklich abgelehnt worden seien. Überdies habe sich die Auffassung über die Tragweite des Art. 45 B.-V. im Laufe der Jahre geändert, wie aus einigen neuern Entscheidungen des Bundesrates und der Bundesversammlung erhelle, z. B. denjenigen in Sachen Hänger, Frauenfelder, Graf und A. Näf (Salis, Bundesrecht, Nr. 426 bis 429). In letzterem Falle sei die Niederlassungsverweigerung geschützt worden, weil Petent wegen leichtsinnigen Falliments im Aktibürgerrecht eingestellt gewesen sei. Es liege sogar die Vermutung nahe, daß der Ständerat im Falle Dahinden den feinen Unterschied zwischen Einstellung im Aktivbürgerrecht infolge strafgerichtlichen Urteils, oder ohne ein solches, nicht habe machen und grundsätzlich den Mangel des Aktivbürgerrechts als Grund für Verweigerung der Niederlassung habe billigen wollen. Nun sei Jos. Wyß schon in Horw des leichtsinnigen Schuldenmachens beschuldigt gewesen und in Obwalden sei eine schärfere Beurteilung durch das Polizeigericht von Obwalden einzig deshalb erfolgt, weil es sich eben nicht um unverschuldete fruchtlose Pfändung gehandelt habe. Angesichts dieses Urteils aber habe man dem Rekurrenten die Niederlassung verweigern können. Dann habe aber auch das Gesuch der Ehefrau abgewiesen werden müssen, da diese nicht selbständig die Niederlassung erwerben könne, sondern diesbezüglich dem Ehemann, als Familienhaupt, folge.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Beschluß des Regierungsrates von Obwalden, durch den der Ehemann Wyß mit seinem Gesuche um Bewilligung der Niederlassung in Sarnen abgewiesen worden ist, und die gegen denselben erlassenen Ausweisungsverfügungen stützen sich in rechtlicher Beziehung auf Art. 45, Al. 2, B.-V., wonach die Nieder-

lassung denjenigen verweigert werden kann, die infolge strafgerichtlichen Urteils nicht im Besitze der bürgerlichen Rechte und Ehren sind. Die Niederlassungsverweigerung gegenüber der Ehefrau Wyß sodann beruht nicht auf einem besondern, gegen sie vorliegenden Grunde, sondern lediglich darauf, daß ihr kein selbständiges Recht auf Niederlassung zustehe, daß sie vielmehr in dieser Beziehung das Schicksal des Ehemannes teilen müsse. Es frägt sich somit in erster Linie, ob wirklich auf den Ehemann Wyß die angeführte Bestimmung in Art. 45, Abs. 2, B.-V. zutreffe.

2. Der Regierungsrat von Obwalden giebt selbst zu, daß Jos. Wyß vor seiner Übersiedlung nach Sarnen niemals bestraft worden sei. Wenn trotzdem darauf Gewicht gelegt werden will, daß derselbe in Horw schon leichtsinnig Schulden gemacht habe, so ist dies, da ja nicht behauptet wird, daß deshalb eine Bestrafung erfolgt sei, völlig unverständlich. Ist aber überhaupt ein Strafurteil gegen Wyß vor seinem Wegzug von Horw nicht ergangen, so kann auch davon keine Rede sein, daß ihm vor jenem Zeitpunkte infolge eines strafgerichtlichen Urteils die bürgerlichen Rechte und Ehren entzogen gewesen wären. Derselbe war allerdings dieser Rechte im Kanton Luzern nicht mehr teilhaftig. Allein es beruhte dieser Zustand keineswegs auf einem strafgerichtlichen Urteil, sondern auf der Thatsache, daß Wyß in Horw fruchtlos ausgepfändet worden war, einer Thatsache, an die nach luzernischem Recht (§ 22 des Einführungsgesetzes zum Bundesgesetze über Schuldbetreibung und Konkurs) sich von Gesetzes wegen die Folge des Ausschlusses vom Aktiv- und Passivwahlrecht im Kanton knüpft. Dieser Thatbestand deckt sich aber nicht mit dem in Art. 45, Abs. 2 für die Verweigerung der Niederlassung aufgestellten. Abgesehen davon, daß der Verlust des aktiven und passiven Wahlrechts nicht in einem Urteil ausgesprochen wird, sondern von Gesetzes wegen eintritt, kann der Entzug dieser Rechte infolge Konkurses oder fruchtloser Pfändung auch nicht als Strafe betrachtet werden. Man hat es nicht mit einer nach der objektiven Schwere und nach der subjektiven Schuld sich richtenden strafrechtlichen Sühne für bestimmte, die Rechtsordnung durchbrechende Handlungen oder Unterlassungen zu thun, sondern mit einer allgemein an bestimmte Voraussetzungen sich knüpfenden, staatsrechtlichen Folge der amtlich durch Konkurs oder fruchtlose Pfändung

konstatierten Insolvenz, wie denn auch äußerlich der Unterschied zwischen dieser Maßregel und den Strafandrohungen für die eigentlichen Betreibungs- und Konkursdelikte darin sich zeigt, daß dieselbe in einem besondern Paragraphen normiert ist. Es darf ferner auch nicht etwa eingewendet werden, daß es auf den Grund der Einstellung in den bürgerlichen Rechten und Ehren bei Anwendung des Art. 45, Abs. 2, B.-V. überhaupt nicht ankomme. Eine solche Auffassung ist mit dem Wortlaut der Bestimmung schlechterdings unverträglich, und es tritt ihre Unrichtigkeit um so greller hervor, als nach der Verfassung von 1848 (Art. 41, Ziff. 6, litt. b) die Einstellung in den bürgerlichen Rechten und Ehren allgemein, ohne Rücksicht darauf, ob sie auf einem strafgerichtlichen Urteil oder auf einem andern Grunde beruhte, als Voraussetzung für den Entzug der Niederlassung anerkannt war. Somit kann aber die im Kanton Luzern erfolgte Einstellung des Jos. Wyß in den bürgerlichen Rechten und Ehren von den obwaldenschen Behörden zur Rechtfertigung der Verweigerung der Niederlassung jedenfalls nicht beigezogen werden.

3. Fragt sich sodann, ob Jos. Wyß infolge des polizeigerichtlichen Urteils vom 29. Dezember 1896 des Rechts auf Niederlassung im Kanton Obwalden verlustig gegangen sei, so ist auch dies zu verneinen. Allerdings ist es hier ein Urteil, durch das Wyß seiner bürgerlichen Rechte und Ehren entkleidet wurde. Allein man hat es doch auch nicht mit einem strafgerichtlichen Urteil, einem jugement pénal, wie der französische Text lautet, zu thun. Den Grund des Entzuges der bügerlichen Rechte und Ehren bildete nach Mitgabe des Urteils die bloße Thatsache, daß Wyß fruchtlos ausgepfändet worden war. Freilich mußte dazu kommen, daß das Gericht dem Wyß eine Schuld an der Thatsache der fruchtlosen Pfändung beimaß; denn nach Art. 83, Al. 2 der Vollziehungsverordnung des Kantons Obwalden zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs findet eine solche Einstellung in jenen Fällen nicht statt, auf die sie wegen offenbaren Nichtverschuldens als nicht anwendbar erklärt wird. Dieser Umstand vermag jedoch der fraglichen Maßregel nicht Strafcharakter zu verleihen. Wenn schon der Entzug der bürgerlichen Rechte und Ehren infolge Konkurs oder fruchtloser Pfändung nicht als Strafe aufgefaßt werden kann, wo das Gesetz diese Folge allgemein, und

ohne auf die Schuld des Konkursiten oder fruchtlos Ausgepfändeten Rücksicht zu nehmen, ausspricht, so kann dies noch weniger zutreffen bei einer mildern Gesetzgebung, die es von einer Prüfung über den Anteil des Betroffenen an seiner ökonomischen Mißlage abhängig macht, ob ihm jene Rechte zu entziehen seien oder nicht. Auch hier hat man es nicht mit einer staatlichen Repression gegen bestimmte Einbrüche in die Rechtsordnung, sondern lediglich mit einer Norm darüber zu thun, daß unter gewissen Umständen diejenigen, die ihren ökonomischen Verpflichtungen nicht nachzukommen vermögen, von den bürgerlichen Rechten und Ehren ausgeschlossen sein sollen. Und wenn auch nach dem Rechte von Obwalden die Einstellung von einer Prüfung über die Schuld des Betreffenden abhängig gemacht ist, so kann doch daraus nicht gefolgert werden, daß Konkurs und fruchtlose Pfändung hier für sich schon objektiv als strafbare Thatbestände aufzufassen seien. Es geht dies um so weniger an, als das obwaldensche Einführungsgesetz selbst die Bestimmungen über die bürgerlichen Folgen des Konkurses und der fruchtlosen Pfändung in einem besondern Titel unter die eigentlichen Strafbestimmungen, die unter den Titeln Ungehorsam, Pfandunterschlagung, Konkursstrafrecht und Pfändungsbetrug und leichtsinniges Schuldenmachen enthalten sind, stellt. Die gleiche Unterscheidung findet sich zudem auch in der Verfassung des Kantons Obwalden, indem dort in Art. 32 bei Aufzählung der von der Stimm- und Wahlfähigkeit ausgeschlossenen neben den durch strafgerichtliches Urteil Entehrten oder im Aktivbürgerrecht Eingestellten die Falliten und solche die zum Nachteile ihrer Gläubiger gerichtlich akkordirt haben (zu denen jetzt auch die fruchtlos Ausgepfändeten zu rechnen sind) in einer besondern Kategorie aufgeführt sind, und zwar ebenfalls mit dem Beisatz: „Die Ausschließung findet indessen bei jenen Fällen nicht statt, auf welche sie wegen offenbarer Nichtverschuldung als nicht anwendbar erklärt wird.“ Es würde also geradezu dem kantonalen Verfassungsrechte zuwiderlaufen, wenn die infolge Konkurses oder fruchtloser Pfändung in ihren bürgerlichen Rechten und Ehren Eingestellten den durch strafgerichtliches Urteil Entehrten gleichgestellt werden wollten. Auf diesem Boden bewegte sich denn auch die bisherige Praxis der Bundesbehörden, wofür insbesondere auf

die Entscheide in Sachen Frey (Salis, Bundesrecht, Bd. V, Nr. 408) und in Sachen Dahinden (eod. Nr. 412) zu verweisen ist. Wenn auch im letztern Falle der Ständerat den vom Nationalrat angenommenen Entscheidungsgründen nicht zugestimmt hat, so läßt doch das Dispositiv des übereinstimmenden Beschlusses beider Räte keinen Zweifel, daß man annahm, es falle ein infolge Konkurses durch gerichtliches Urteil in seinen bürgerlichen Rechten Eingestellter nicht unter die Bestimmung des Art. 45, Abs. 2 B.-V. Die vom Regierungsrat von Obwalden citierten Fälle Frauenfelder, Hänger und Graf (Salis, Bd. II, Nr. 426—428) aber beziehen sich überhaupt nicht auf die in Frage stehende Verfassungsbestimmung in Art. 45, Abs. 2, sondern auf diejenige in Art. 45, Abs. 3 der Bundesverfassung und der Fall Näf endlich (Salis, Nr. 429) kann deshalb vorliegend nicht als Präjudiz angerufen werden, weil dort die Einstellung in den bürgerlichen Rechten und Ehren im Anschlusse an eine Gefängnisstrafe wegen leichtsinnigen Falliments, also in der That durch ein strafgerichtliches Urteil ausgesprochen worden ist. Kann aber danach das polizeigerichtliche Urteil vom 29. Dezember 1896 nicht als strafgerichtliches Urteil im Sinne des Art. 45, Abs. 2 B.-V. angesehen werden, so braucht auf die weitere Beschwerde der Rekurrenten, daß dieses Urteil deshalb nicht habe in Betracht gezogen werden dürfen, weil es nach der Stellung des Gesuches um Bewilligung der Niederlassung ausgefüllt worden sei, nicht eingetreten zu werden.

4. Mit dem Entscheid über den Rekurs des Ehemannes ist auch der Rekurs der Ehefrau Wyß erledigt, da sich die Weigerung, der letztern Niederlassung zu gestatten, einzig darauf stützte, daß dem erstern dieselbe nicht zu gewähren sei. Ob der Ehefrau selbständig ein Recht auf Niederlassung zugestanden wäre, braucht deshalb nicht untersucht zu werden.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird begründet erklärt und der Regierungsrat des Kantons Obwalden, unter Aufhebung der entgegenstehenden Beschlüsse und Verfügungen, angehalten, den Rekurrenten die Niederlassung in Sarnen zu bewilligen.

77. Urteil vom 30. Juni 1897 in Sachen Geering.

A. Am 4. April 1897 reichte Frau Elisabeth Geering geb. Dätwyler, von Hottingen, bei der Polizeidirektion des Kantons Glarus ein Gesuch um Bewilligung der Niederlassung in der Gemeinde Mollis ein. Durch Beschluß vom 15. April 1897 wies der Regierungsrat des Kantons Glarus das Gesuch ab und setzte der Petentin eine kurze Frist zur Regelung ihrer Verhältnisse. Der Beschluß wurde im wesentlichen damit begründet, daß Frau Geering am 27. August 1896 wegen Abtreibung der Leibesfrucht mit 6 Monaten Gefängnis und 200 Fr. Buße bestraft worden sei, und daß diese Bestrafung, trotzdem dies im Urteil nicht ausgesprochen sei, den Verlust der bürgerlichen Rechte und Ehren zur Folge gehabt habe, weshalb ihr nach Art. 45 Lemma 2 der Bundesverfassung die Niederlassung verweigert werden könne. Auch Lemma 3 dieses Artikels wurde angerufen und diesbezüglich bemerkt, die Petentin sei nach dem Leumundszeugnisse, das sie ihrem Gesuche um Erteilung der Niederlassung beigelegt habe, schon mehrfach bestraft worden, wovon das eine Mal jedenfalls wegen eines schweren Verbrechens, und überdies seien auch schon während ihres frühern Aufenthaltes in Glarus Klagen wegen Führung ihrer ärztlichen Praxis laut geworden.

B. Gegen diesen Beschluß ergriff Namens der Frau Geering Advokat Edwin Hauser in Glarus rechtzeitig den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht. Derselbe enthalte, wird behauptet, eine Verletzung des Art. 45 der B.-V. Rekurrentin sei weder durch Urteil, noch von Gesetzes wegen infolge der Verurteilung vom 27. August 1896 ihrer bürgerlichen Rechte und Ehren beraubt, und es habe ihr deshalb die Niederlassung nicht verweigert werden dürfen. Ebensowenig treffe Art. 45 al. 3 B.-V. zu, schon deshalb nicht, weil es sich nicht um den Entzug der Niederlassung handle, und ferner auch darum nicht, weil Frau Geering nur ein Mal wegen eines Verbrechens verurteilt worden sei.

C. Der Regierungsrat des Kantons Glarus schloß auf Abweisung des Rekurses. Nachdem vorausgeschickt worden ist, daß

es sich einzig und allein um die Frage handle, ob Rekurrentin noch im Vollbesitze ihrer bürgerlichen Rechte und Ehren sei, oder ob nicht vielmehr angenommen werden müsse, daß dieselbe im Sinne von Art. 45 Lemma 2 B.-V. infolge strafgerichtlichen Urteils dieser Rechte verlustig geworden, der Regierungsrat daher zur Verweigerung der Niederlassung befugt gewesen sei, wird ausgeführt: Thatsächlich sei zu ergänzen, daß Rekurrentin während ihres frühern Aufenthaltes in Glarus bereits einmal wegen Körperverletzung zu einer Buße verurteilt und ferner im Kanton Zürich vier Mal wegen Übertretung des zürcherischen Medizinalgesetzes mit Geldbußen von zusammen 550 Fr. bestraft worden sei. Der ungünstige Leumund, der hieraus sich ergebe, habe erschwerend auf das Urteil des Schwurgerichtes von Zürich vom 27. August 1896 eingewirkt, das für die vorliegende Frage von entscheidender Bedeutung sei. Diesbezüglich sei nämlich vorab klar, daß man es hier mit einem sehr schweren und gemeingefährlichen Verbrechen zu thun habe, und daß dem Richter die Möglichkeit offen gestanden wäre, einen förmlichen Entzug der bürgerlichen Rechte und Ehren auszusprechen. Warum nun dies unterblieben sei, ergebe sich deutlich aus den vom Regierungsrat veranlaßten Äußerungen der Staatsanwaltschaft nnd des Schwurgerichtes des Kantons Zürich. Erstere hatte in einer Zuschrift vom 12. April 1897 bemerkt, gegenüber Frauenspersonen werde im Kanton Zürich eine Einstellung in den bürgerlichen Rechten und Ehren nicht praktiziert. Und letzteres ließ sich im wesentlichen dahin vernehmen, im Aktivbürgerrecht habe Frau Geering deshalb nicht eingestellt werden können, weil Frauen überhaupt nicht Aktivbürger seien; es sei anzunehmen, daß Angeklagte männlichen Geschlechtes, die wegen Abtreibung verurteilt werden, regelmäßig für eine gewisse Zeitdauer im Aktivbürgerrecht eingestellt würden. Es frage sich überhaupt, ob im Kanton Zürich eine Frau bürgerliche Rechte und Ehren genieße. Dies sei zu bejahen, sofern man darunter den unbescholtenen Ruf verstehe. Eine strafgerichtliche Aberkennung des guten Rufes finde aber natürlich niemals statt: Der bescholtene Leumund sei die stillschweigende Schlußfolgerung aus der Verurteilung zu entehrender Strafe. Daraus ergebe sich, fährt der Regierungsrat des Kantons Glarus

fort, daß bei gleichem Thatbestand eine Mannsperson der bürgerlichen Rechte und Ehren entkleidet und deshalb des Rechts der freien Niederlassung beraubt worden wäre; und nun gehe es nicht an, eine Frauensperson, die sich desselben Verbrechens schuldig gemacht habe, anders zu behandeln, denn wenn ihr auch die bürgerlichen Rechte und Ehren nicht ausdrücklich entzogen worden seien, so habe dies seinen Grund lediglich darin, daß Frauenspersonen überhaupt nicht im Besitze des Aktivbürgerrechtes sich befänden.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. In der Rekursantwort erklärt der Regierungsrat des Kantons Glarus selbst, daß es sich zur Zeit einzig darum handle, ob Art. 45 Ziff. 2 B.-V. vorliegend zutreffe oder nicht. Es steht also lediglich in Frage, ob der Rekurrentin die Niederlassung verweigert werden könne, und es ist keineswegs etwa weiter geltend gemacht worden, daß sich dieselbe an ihrem neuen Aufenthaltsorte bereits derart aufgeführt habe, daß ihr gemäß Art. 45 al. 3 die Niederlassung auch schon wieder entzogen werden könnte.

2. Frägt es sich nun, ob die Rekurrentin infolge eines strafgerichtlichen Urteils sich nicht im Besitze der bürgerlichen Rechte und Ehren befinde, so ist zunächst zu bemerken, daß das zürcherische Strafgesetzbuch in den §§ 6 und 26 nur von einer Einstellung oder einem Entzug des Aktivbürgerrechtes spricht, das in § 20 des Strafgesetzbuches dann auch inhaltlich näher umschrieben wird. Es dürfte jedoch kaum zweifelhaft sein, daß hier der wesentliche Bestandteil für das ganze gebraucht ist und daß unter Aktivbürgerrecht überhaupt die bürgerlichen Rechte und Ehren zu verstehen sind, wozu auch die passive Wahlfähigkeit (vgl. Art. 18 Ziff. 2 der zürch. Kantonsverfassung) und gewisse andere Befugnisse (vgl. z. B. § 24 des zürcher. privatrechtl. Gesetzbuches) gehören. Es kann daher sehr wohl eine Einstellung oder ein Entzug des Aktivbürgerrechtes auch solchen Personen gegenüber stattfinden, die sonst schon aus irgend einem Grunde nicht stimmberechtigt sind; die Maßregel behält auch so ihre Bedeutung, indem darin die strafrechtliche Aberkennung der bürgerlichen Ehren und Rechte überhaupt zu erblicken ist. Danach

ist aber nicht abzusehen, weshalb nicht auch Frauen, die allerdings in den meisten öffentlichen Angelegenheiten nicht als stimmberechtigt anerkannt sind, im erwähnten Sinne im Aktivbürgerrecht sollen eingestellt werden können, ganz abgesehen davon, daß denselben doch auch in der sog. Weibergemeinde ein Stimmrecht in einer öffentlichen Angelegenheit zusteht (vgl. Kunz, Das zürcherische und eidgenössische Aktivbürgerrecht, S. 60). Nun liegt gegen die Rekurrentin ein strafrichterlicher Ausspruch, wonach sie der bürgerlichen Rechte und Ehren entkleidet worden wäre, nicht vor; und da nach zürcherischem Recht diese Folge nicht etwa von Gesetzeswegen an die Verurteilung wegen bestimmter Vergehen oder zu bestimmten Strafen geknüpft ist, so fehlt es an der in Art. 45 al. 2 B.-V. aufgestellten Voraussetzung, bei deren Vorhandensein die Niederlassung verweigert werden könnte.

3. Hieran ändert der Umstand nichts, daß im Kanton Zürich Frauen im Aktivbürgerrecht nicht eingestellt zu werden pflegen, und ein Mann, der sich des nämlichen Vergehens schuldig gemacht hätte, wahrscheinlich dieses Rechts verlustig erklärt worden wäre. Denn erstlich ist letzteres nach dem bezüglichen Bericht des Schwurgerichtes von Zürich doch nicht mit voller Sicherheit anzunehmen. Und sodann verlangt die Verfassung eben eine ausdrückliche Aberkennung der bürgerlichen Rechte und Ehren, die, wie gezeigt, im Kanton Zürich auch Frauenspersonen gegenüber nicht unmöglich und auch nicht gänzlich zwecklos ist.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird begründet erklärt und demgemäß der Regierungsrat des Kantons Glarus, unter Aufhebung seines Entscheides vom 15. April 1897, eingeladen, der Rekurrentin die nachgesuchte Niederlassungsbewilligung zu erteilen.

VI. Glaubens- und Gewissensfreiheit. Steuern zu Kultuszwecken.

Liberté de conscience et de croyance. Impôts dont le produit est affecté aux frais du culte.

78. Urteil vom 8. April 1897 in Sachen Siegenthaler und Jutzi.

A. Franz Siegenthaler und Johann Jutzi, reformierter Konfession, sind, ersterer seit 1880, letzterer seit 1860, Eigentümer von Liegenschaften in der Gemeinde Escholzmatt, ab denen nach den Erwerbstiteln jährliche Zehntloskaufszinsen an das Pfarramt Escholzmatt zu leisten sind. Nachdem früher die Eigentümer der beiden Liegenschaften ihren daherigen Pflichten nachgekommen waren, blieben sie mit der Entrichtung der Zehntloskaufszinsen seit 1892 im Rückstand und wurden deshalb von A. Vogel-Herzog, namens des Pfarramtes Escholzmatt, unterm 1. Juni 1896 für die Betreffnisse pro 1893, 1894 und 1895 im Betrage von 28 Fr. 66 Cts., bezw. 15 Fr. 69 Cts. betrieben. Die Schuldner schlugen Recht vor, weil sie gemäß Art. 49, Abs. 6 B.-V. nicht zu einer derartigen, den Bedürfnissen einer andern Konfession dienenden Steuer herangezogen werden dürften. Auf Begehren der Gläubigerschaft wurde jedoch der Rechtsvorschlag durch Urteile des Gerichtspräsidenten von Escholzmatt vom 10., bezw. 9. November 1896 beseitigt und ersterer provisorische Rechtsöffnung gewährt. Über den von den Schuldnern erhobenen Einwand wird in den Entscheiden bemerkt: Nachdem die Vorbesitzer derselben die Leistung einer jährlichen Abgabe an den Zehntherrn an Stelle von Naturalleistungen übernommen hätten, seien diese Abgaben durch die Hypothekar- und Fertigungsoffizien bei den nachfolgenden Handänderungen einem jeweiligen Käufer als dingliche Last zu tragen überbunden worden, die sich als Reallast qualifiziere. Auf die von den Schuldnern ergriffene Weiterziehung

trat die Justizkommission des luzernischen Obergerichts laut Entscheid vom 10. Dezember 1896 nicht ein, weil die Forderungen, für die Betreibung geführt werde, auch zusammengerechnet den Betrag von 100 Fr. nicht übersteigen und daher gemäß § 15, Ziff. 1 des neuen Civilrechtsverfahrens der Gerichtspräsident über das Rechtsöffnungsbegehren endgültig zu entscheiden gehabt habe.

B. Mit Eingabe vom 29. Dezember 1896 erhob namens des Franz Siegenthaler und des Johann Jutzi Fürsprech Dr. Wüest in Wolhusen gegen den Entscheid der obergerichtlichen Justizkommission sowohl, als gegen diejenigen des Gerichtspräsidenten von Escholzmatt den staatsrechtlichen Rekurs beim Bundesgericht. Der erstere Entscheid wird zunächst aus dem Gesichtspunkte der Rechtsverweigerung angefochten: Es stünden nicht nur die einzelnen Zehnten von 1893 bis 1895 in Frage, sondern das Recht auf diese Abgaben überhaupt. Nach § 64 des luzernischen Civilrechtsverfahrens aber seien jährliche Leistungen, wenn das Recht auf dieselben und nicht bloß bestimmte Rückstände bestritten seien, zum zwanzigfachen Betrage anzuschlagen. Eventuell komme § 66 des nämlichen Gesetzes in Anwendung: „Bei Ausmittlung der Kom„petenzsumme ist nicht nur der Wert des Streitobjektes an sich, „sondern auch der Wert der Folgen zu berechnen, welche aus dem „Entscheide für die betreffende Partei hervorgehen.“ Darnach hätte aber die Justizkommission auf die Weiterziehung materiell eintreten sollen. Eventuell wird behauptet, es verstoße der fragliche Entscheid auch gegen den in Art. 4 B.-V. aufgestellten Grundsatz der Rechtsgleichheit. Namentlich aber hätten sowohl die Justizkommission als der Gerichtspräsident von Escholzmatt durch ihre Entscheide gegen das in Art. 49, Abs. 6 B.-V. aufgestellte, aus dem Grundsatze der Glaubens- und Gewissensfreiheit fließende Verbot der Heranziehung zu Kultussteuern für eine Konfession, der der Besteuerte nicht angehört, verstoßen. Dieses Verbot beziehe sich nach bundesgerichtlicher Praxis auch auf Steuern und Abgaben für Kultuszwecke, die auf Liegenschaften lasteten, sowie ferner auch auf lediglich zu Kultuszwecken dienende Zehnten, wofür auf die Entscheide in der Amtl. Samml., Bd. I, S. 86; Bd. III, S. 195 und 235; Bd. XIV, S. 495 und Bd. XVII, S. 214 verwiesen wird. Nun diene der Zehnten, wie er im Kan-

ton Luzern erhoben werde, ausschließlich den Zwecken des römisch-katholischen Kultus und speziell der von den Rekurrenten eingeforderte Zehnten sei eine Abgabe zu Handen des katholischen Pfarramts Escholzmatt und bilde einen Teil der Benefizialeinkünfte desselben. Die Erwägung des erstinstanzlichen Rechtsöffnungsrichters, daß es sich vorliegend um eine dingliche Last an Liegenschaften handle, sei nach der erwähnten Praxis unstichhaltig. Übrigens werde bestritten, daß der Zehnten im Kanton Luzern eine lediglich privatrechtliche dingliche Last sei; er sei vielmehr eine öffentlich-rechtliche, allerdings auf die Liegenschaft gelegte Abgabe, daher eine Steuer im Sinne der angerufenen Gesetzesbestimmung. Demgemäß wird beantragt, es seien die angefochtenen Entscheide aufzuheben.

C. Namens des Pfarramts Escholzmatt trägt A. Vogel-Herzog in einer Antwort vom 10. März 1897 auf Abweisung des Rekurses an: Die Berufung auf Art. 49, Abs. 6 B.-V. sei deshalb verfehlt, weil die fraglichen Zehnten eine auf privatrechtlichem Titel beruhende Reallast seien, die ab dem Grund und Boden geschuldet werde, ohne Rücksicht darauf, wer Eigentümer sei. Der privatrechtliche Charakter der Zehnten ergebe sich auch daraus, daß in fast sämtlichen Kaufbriefen über Liegenschaften unterschieden werde zwischen den eigentlichen Belastungen des Grundstücks, wie Servituten, Reallasten, 2c., und andern Abgaben, wie denn auch in den Erwerbsakten der beiden Rekurrenten die Belastung mit Zehnten speziell vorgemerkt sei. Übrigens sei es im Kanton Luzern zulässig, die Zehnten von einem gewissen Betrage in Gülten umzuwandeln, denen ebenfalls privatrechtlicher Charakter innewohne.

D. Die Justizkommission des luzernischen Obergerichts beschränkte sich in ihrer Vernehmlassung vom 28. Januar 1897 auf eine Widerlegung der gegen sie erhobenen Vorwürfe der Rechtsverweigerung und der Verletzung des Grundsatzes der Rechtsgleichheit: Die Berufung auf §§ 64 und 66 des luzern. Civilrechtsverfahrens sei nicht zutreffend, da die Justizkommission mit Rücksicht auf die rein formelle Natur der Rechtsöffnung bei Prüfung der Rekursfähigkeit einzig zu untersuchen gehabt habe, ob die dermalen in Betreibung liegenden Beträge einzeln oder zu-

sammen 100 Fr. erreichen, was nicht der Fall sei. Ferner sei darauf hinzuweisen, daß für die Forderung nur provisorische Rechtsöffnung gewährt worden sei und daß es den Schuldnern freistehe, nach Art. 83 des Betreib.-Ges. die Aberkennungsklage zu stellen, so daß auch deshalb von einer Rechtsverweigerung nicht gesprochen werden könne. Wie durch den angefochtenen Entscheid der Justizkommission der Grundsatz der Rechtsgleichheit verletzt worden sein solle, sei weder aus der Rekursschrift, noch sonstwie ersichtlich. In einem eingeholten Nachtrag spricht sich die Justizkommission über das Materielle des Rekurses dahin aus, daß ihrer Ansicht nach eine Verletzung des Art. 49, Abs. 6 B.-V in den angefochtenen Entscheiden des Gerichtspräsidenten von Escholzmatt nicht liege, weil sich die fraglichen Leistungen nicht als Steuern, sondern als privatrechtliche Reallasten qualifizierten.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Ob die Rechtsöffnungsentscheide des Gerichtspräsidenten von Escholzmatt an die obere kantonale Instanz weiterziehbar waren oder nicht, beurteilte sich ausschließlich nach kantonalem Prozeßrecht, und daß dabei die Justizkommission des luzernischen Obergerichts etwa willkürlich sich über klare Vorschriften hinweggesetzt und sich so einer auf dem Wege des staatsrechtlichen Rekurses anfechtbaren Rechtsverweigerung schuldig gemacht hätte, kann nicht gesagt werden. Im Gegenteil hat dieselbe wohl mit Recht die §§ 64 und 66 des luzernischen Civilrechtsverfahrens nicht zur Anwendung gebracht, da es sich in der That vorderhand nicht um eine Streitigkeit über das Bestehen der Zehntlast überhaupt, sondern nur um die Beseitigung des Rechtsvorschlages gegen den Zahlungsbefehl für drei verfallene Jahresraten handelte, eine Streitigkeit, auf die die prozessualischen Vorschriften über die Bestimmung des Streitwertes, die an sich nur für Streitigkeiten über den Anspruch selbst gelten, nicht ohne weiteres angewendet werden können. Dafür aber, daß sonst der Entscheid der Justizkommission vom 10. Dezember 1896 sich mit dem in Art. 4 B.-V. aufgestellten Grundsatz der Gleichheit der Bürger vor dem Gesetze nicht vertrage, fehlen jegliche Anhaltspunkte. Soweit er sich auf diesen Entscheid bezieht, ist deshalb der Rekurs völlig unbegründet.

2. Was dann die Entscheide des Gerichtspräsidenten von Escholz-

matt vom 10. und 9. November 1896 betrifft, so könnte es sich vor allem aus fragen, ob nicht das Beschwerderecht deshalb verwirkt sei, weil nicht innert 60 Tagen seit der Anhebung der Betreibung der Rekurs an das Bundesgericht ergriffen worden ist. Da nämlich das Rechtsöffnungsverfahren wesentlich bezweckt, die Fortsetzung der Betreibung über einen vom Schuldner erhobenen Rechtsvorschlag hinweg zu ermöglichen, und da die Voraussetzung zur Erteilung der Rechtsöffnung und die Einwendungen, die dagegen erhoben werden können, im Gesetze (Art. 80—82 Betreib.-Ges.) positiv normiert sind, so könnte gesagt werden, daß sich die Kognition des Rechtsöffnungsrichters nur auf diese betreibungsrechtlichen Voraussetzungen und Einwendungen erstrecken könne und daß deshalb Beschwerden darüber, daß durch die Betreibung verfassungsmäßig garantierte Rechte des Betriebenen verletzt werden, gleich bei Einleitung derselben erhoben werden müssen. Allein auch abgesehen hievon muß der Rekurs als unbegründet abgewiesen werden. Die Rekurrenten haben es unterlassen, über den Ursprung und die rechtlichen Grundlagen der Zehntberechtigung des Pfarramts Escholzmatt gegenüber den in Frage stehenden Liegenschaften nähere Angaben zu machen, und es kann ohne anders doch nicht angenommen werden, daß man es hier auch nach gegenwärtiger Rechtsauffassung mit einer, kraft hoheitlichen Aktes, auf das Grundeigentum gelegten öffentlichen Abgabe zu thun habe. Nach dem, was aus den Akten ersichtlich ist, sind vielmehr die in Frage stehenden Zehnten als fest bestimmte dingliche Lasten zu betrachten, die als Gegenstand privater Berechtigung des Zehntherrn aufgefaßt und die im Liegenschaftsverkehr wie andere auf dem Grundstück ruhende privatrechtliche Lasten behandelt werden. Es ist denn auch kaum zu bezweifeln, daß die Rekurrenten die Zehntverpflichtung als privatrechtliche angesehen haben, wie ferner auch wohl die Belastung bei der Festsetzung des Kaufschillings in Betracht gezogen worden ist (vgl. den bundesgerichtlichen Entscheid in Sachen Rossetti, Amtl. Samml., Bd. XVII, S. 214 ff.). Muß aber darnach angenommen werden, daß man es mit einer privatrechtlichen Reallast zu thun habe, so kann gegen die Erhebung derselben Art. 46, Al. 6 B.-V., der nur die Heranziehung zu öffentlich-rechtlichen Abgaben für Kultuszwecke

einer andern Konfession ausschließt, nicht angerufen werden, mögen immerhin die Leistungen zur Bestreitung der Kultusbedürfnisse einer Konfession, der die Pflichtigen nicht angehören, bestimmt sein. Nicht dies ist ausschlaggebend, sondern vielmehr die Natur der Verpflichtungen, während darauf, daß der Berechtigte eine kirchliche Person oder ein kirchliches Amt ist, nichts ankommt.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird abgewiesen.

VII. Verfassungsmässiger Gerichtsstand. Unzulässigkeit von Ausnahmegerichten. — For naturel. Inadmissibilité de tribunaux exceptionnels.

79. Urteil vom 26. Mai 1897 in Sachen Schweizer.

A. Mit Eingabe vom 23. Juli 1896 erhob Pfarrer A. Schweizer in Davos-Monstein gegen Pfarrer J. Kündig in Arlesheim beim Bezirksgericht Oberlandquart Injurienklage, gerichtet auf: 1. Gerichtliche Satisfaktion, 2. Bestrafung des Beklagten laut Gesetz, und 3. Zahlung einer Summe von 5000 Fr. resp. einer Summe nach Ermessen des Richters, als Entschädigung wegen Verletzung der persönlichen Verhältnisse des Klägers, alles unter Kostenfolge. Die eingeklagten Injurien wurden in zwei Briefen vom 8. und 19. Mai 1891, die Pfarrer Kündig von Arlesheim aus an Dekan Lechner in Thusis geschrieben hatte, sowie in einem Briefe desselben vom 8. Dezember 1893 an Dekan Hauri in Davos-Platz gefunden. Beklagter bestritt die Zuständigkeit des Bezirksgerichtes Oberlandquart und erhob mit Beschwerdeschrift an den Kleinen Rat des Kantons Graubünden vom 22. August 1896 die Inkompetenzeinrede mit der

Begründung: Die von Pfarrer Schweizer erhobene Injurienklage sei ihrem Wesen und der Hauptsache nach eine persönliche Civilklage, die nach Art. 59 B.-V. nur am Wohnorte des Beklagten angehoben werden könne. Das für solche Klagen nach bündnerischem Recht mit dem Gerichtsstand des Wohnortes konkurrierende forum delicti commissi cessiere nach Art. 59 B.-V. stets dann, wenn nach der Gesetzgebung des Kantons, wo die Injurie begangen worden ist, die bezüglichen Ehrverletzungsklagen vorwiegend als Civilklagen aufzufassen und das Begehren auf Bestrafung bloß accessorisch im Hauptprozeß zu behandeln sei. Daß dem nach bündnerischer Gesetzgebung unzweifelhaft so sei, ergebe sich aus dem Wortlaut des Art. 41 des Polizeistrafgesetzes, wie denn auch Art. 11 der Civilprozeßordnung die Injuriensachen den Bezirksgerichten zuweise, die sonst ausschließlich reine Civilgerichte seien. Eventuell wurde geltend gemacht: Die ersten beiden Briefe, auf die Pfarrer Schweizer seine Injurienklage stütze, seien an Dekan Lechner in Thusis gerichtet gewesen. Hier sei also das Delikt konsumiert worden, und es wäre deshalb für die Beurteilung dieser Injurien das Bezirksgericht Heinzenberg, nicht dasjenige von Oberlandquart kompetent. Der Kläger wendete in letzterer Richtung ein, daß Dekan Lechner von den injuriösen Briefen vom 8. und 19. Mai 1891 bloß Gebrauch gemacht habe, um seine, Schweizers, Wahl zum Pfarrer in Davos-Monstein zu verhindern, daß die Injurienklage in dem Briefe vom 8. Dezember 1893 an Dekan Hauri in Davos-Platz kulminiere, und daß von den injuriösen Briefen Kläger erst Kenntnis erhalten habe anläßlich des von ihm gegen Dekan Hauri vor Bezirksgericht Oberlandquart angestrengten Prozesses. In der Hauptsache wurde geltend gemacht, nach Art. 32 der bündnerischen Civilprozeßordnung habe Kläger seine Klage unzweifelhaft am forum delicti commissi anbringen können. Der Kleine Rat des Kantons Graubünden sprach durch Entscheid vom 16./28. Oktober 1896 dem Pfarrer Kündig seine Gerichtsstandseinrede zu mit folgender wesentlicher Begründung: Wohne der angebliche Injuriant im Kanton Graubünden, so könne es keinem Zweifel unterliegen, daß die Klage gemäß Art. 32 der Civilprozeßordnung sowohl am Wohnorte, als am

Orte des begangenen Deliktes erhoben werden könne. Wohne derselbe aber in einem andern Kanton, so erhebe sich die Frage, ob nicht nach Art. 59 B.-V. der Beklagte ein Recht darauf habe, an seinem Wohnorte belangt zu werden. Dies hänge davon ab, ob die Injurienklage des Pfarrer Schweizer den Charakter einer persönlichen Ansprache habe, wofür die Gesetzgebung des Kantons maßgebend sei, wo die Ehrverletzung erfolgt ist. Nun habe jene Klage ihrem Inhalte nach gemischten Charakter. Allein nach bündnerischem Rechte müsse doch der allerdings vorhandene Strafanspruch als das nebensächliche, der civilrechtliche Genugthuungs- und Entschädigungsanspruch als das prinzipale und den Ausschlag gebende angesehen werden. Zwar erscheine nach der Praxis der Bundesbehörden der Umstand, daß Injurienklagen im Kanton Graubünden in den Formen des Civilprozesses behandelt werden, nicht als entscheidend. Mehr schon falle in's Gewicht, daß die Injuriensachen im Kanton Graubünden zur unweiterzüglichen Aburteilung den Bezirksgerichten zugewiesen seien, die sich ausschließlich mit Civilsachen zu befassen hätten; nur ganz ausnahmsweise, und dies aus einem praktischen Grunde, sei ihnen die Behandlung von Übertretungen der fiskalischen und polizeilichen Bundesgesetze übertragen worden. Ausschlaggebend aber sei der Wortlaut des § 41 des Polizeigesetzes, der bestimme: „Verleumdungen und Ehrenkränkungen werden wie bisher als „Partensache von den zuständigen Civilgerichten, die im Haupt„urteile auch über die in diesem Gesetze bestimmten Bußen zu „erkennen haben, behandelt." Unter dem Ausdruck „Partensache" könne nicht wohl etwas anderes verstanden werden, als ein persönlicher Anspruch, d. h. die übliche Genugthuungs- und eventuell Schadenersatzforderung. Dieser Anspruch bilde den Gegenstand des Haupturteils. In dieses soll nun der Richter auch das Bußerkenntnis aufnehmen. Damit sei das bloß accessorische Verhältnis der Bestrafung zur Restitution der Ehre und dem damit verbundenen Schadenersatzanspruch deutlich ausgedrückt und das civilrechtliche Moment in den Vordergrund gestellt. Damit stimme auch die in Graubünden allgemein herrschende Rechtsauffassung, die in der Fassung der Rechtsbegehren und in der Urteilsform ihren praktischen Ausdruck erhalte, überein. Es hänge damit wohl

auch die Thatsache zusammen, daß die Gerichte nie über die Verhängung einer Geldbuße hinausgiengen. Bei dieser Sachlage sei auf das eventuelle Beschwerdebegehren nicht einzutreten.

B. Gegen diesen Entscheid hat Pfarrer Schweizer rechtzeitig den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht ergriffen. Er beantragt, es sei 1. der erwähnte Entscheid des Kleinen Rates als verfassungswidrig und rechtsverletzend zu erklären und aufzuheben und 2. das Bezirksgericht Oberlandquart als forum delicti commissi zur Behandlung der Injurienklage des Rekurrenten gegen Pfarrer Kündig in Arlesheim zuständig zu erklären, unter Kosten- und Entschädigungsfolge für die Gegenpartei. Der angefochtene Entscheid enthalte, wird geltend gemacht, eine Verletzung der in Art. 58 und 4 der B.-V. zugesicherten Rechte, indem sowohl die bündnerischen, als die basellandschaftlichen Gerichtsstandsregeln mißachtet worden seien; ferner sei Art. 59 B.-V. unrichtig interpretiert und ultra petita partium gegangen worden.

Die Rechtsverletzung gegenüber dem Rekurrenten bestehe insbesondere darin, daß ihm das gesetzliche Recht vorenthalten und abgeschnitten werde, eine Injurienklage mit polizeistrafrechtlichem Charakter und einer accessorischen Entschädigungsforderung auf dem Fundamente dieser Strafklage, am gesetzlich gewährleisteten forum delicti commissi anhängig zu machen, gemäß Art. 32 der Civilprozeßordnung des Kantons Graubünden, §§ 29 und 37 der Gerichts- und Prozeßordnung des Kantons Baselland, sowie gemäß den bundesrechtlichen Bestimmungen. Daß Injurienklagen nach dem maßgebenden bündnerischen Rechte Strafklagen seien, ergebe sich aus § 208 des Strafgesetzbuches vom 8. Juli 1851 und § 37 des Polizeistrafgesetzes vom 26. Juli 1873, wie denn auch durch § 10 des letztern Gesetzes der allgemeine Teil des Strafgesetzbuches, sowie durch § 45 leg. cit. die Grundsätze des Strafverfahrens auf letztere anwendbar erklärt seien. Aus dem Umstande, daß Injuriensachen im Kanton Graubünden den Civilgerichten zur Behandlung zugewiesen seien, gehe nur hervor, daß in formeller Beziehung die Vorschriften der Civilprozeßordnung auf sie Anwendung finden, während ihre materielle Grundlage eben auf den Bestimmungen des Straf-

gesetzes resp. Polizeistrafgesetzes beruhe. Aus § 41 des letztern gehe denn auch klar hervor, daß die Strafe einen Bestandteil des Haupturteils bilde, so daß Injurienklagen nie als reine Civilklagen aufgefaßt werden könnten. Auch die Aufstellung eines Gerichtsstandes des begangenen Deliktes neben demjenigen des Wohnorts des Beklagten bestätige dies. Demnach könnte der vorliegenden Injurienklage nur dann bloß Civilcharakter beigemessen werden, wenn Rekurrent ihr diesen Charakter selbst gegeben hätte, was aber nach Mitgabe der gestellten Begehren nicht zutreffe. Zu Unrecht habe sich demnach der Kleine Rat auf Art. 59 B.-V. berufen. Nach einer Kritik der einzelnen Entscheidungsgründe des kleinrätlichen Entscheides wird weiterhin noch darzuthun gesucht, daß als Begehungsort des eingeklagten Delikts Davos-Platz zu betrachten und demgemäß das Bezirksgericht Oberlandquart kompetent sei. Der Kleine Rat sei zudem — was des nähern nachzuweisen gesucht wird — über das Begehren des Beklagten Kündig hinausgegangen. Endlich wird gerügt, daß dem Rekurrenten der kleinrätliche Entscheid unter Kostennachnahme zugestellt worden sei, trotzdem er in gesetzlicher Weise 60 Fr. vor dem angerufenen Bezirksgericht Oberlandquart vertröstet habe, und trotzdem für die Kosten die außer Kanton wohnende rekurrierende Partei jedenfalls so lange zu haften gehabt hätte, bis der kantonale Entscheid in Rechtskraft erwachsen sei.

C. In der Antwort wird auf die bundesrechtliche Praxis verwiesen, wonach es für die Gerichtsstandsfrage in Injuriensachen darauf ankomme, ob der betreffenden Klage nach der Gesetzgebung des Kantons, wo die Injurie begangen worden ist, rein oder vorwiegend Civilcharakter, oder aber rein oder vorwiegend Strafcharakter zukomme. Nun sei nach bündnerischem Recht die Injurienklage in der Hauptsache eine Civilklage. Mehr um der Gerichtskasse eine willkommene Einnahme zu sichern, als um die gestörte öffentliche Rechtsordnung wieder in's Gleichgewicht zu bringen, werde dem der Injurie überführten Beklagten eine geringfügige Geldbuße beiläufig und accessorisch auferlegt. Dieser Rechtsauffassung entspreche es, daß die ganze Materie an den Civilrichter gewiesen worden sei, während alle andern, auch die

kleinsten Polizeivergehen vom Strafrichter beurteilt würden. Um den Gegensatz zwischen den Rechtfolgen der Privatehrverletzung, als vorwiegend civilrechtlichen, besonders scharf zu markieren, seien im Polizeistrafgesetz Amtsehrverletzungen als eigentliche Strafreate dem Strafrichter zugewiesen. Bei der Behandlung von Privatehrverletzungsklagen aber habe der Civilrichter nur accessorisch über die vorgesehenen Bußen zu erkennen. Nachdem dann auch noch der Behauptung, daß der Kleine Rat ultra petita partium hinausgegangen sei, entgegen getreten und das basellandschaftliche Recht als nicht maßgebend bezeichnet worden ist, wird zum Schluß bemerkt, die Regierung habe durch ihren Entscheid einfach kantonales Recht angewendet und gestützt auf diese Anwendung sich auf die Bundesverfassung berufen; eine Überprüfung, ob die Interpretation des kantonalen Rechtes richtig sei oder nicht, falle aber außerhalb die Kompetenz des Bundesgerichtes.

D. Der Kleine Rat des Kantons Graubünden fügte der Antwort des Pfarrer Kündig im wesentlichen folgende Bemerkungen bei: Auf Art. 59 B.-V. könne sich der Rekurrent nicht berufen, da daraus nur der Beklagte Rechte herleiten könne. Dann treffe aber auch Art. 58 B.-V. nicht zu. Wenn geltend gemacht werde, der kleinrätliche Entscheid stehe mit Art. 4 B.-V. in Widerspruch, und räume dem Beklagten Kündig ein Vorrecht ein, so sei zu erwidern, daß dieses Vorrecht eben auf Art. 59 beruhe. Unverständlich sei der Vorwurf, daß der Entscheid über die Begehren des Beklagten hinausgehe, und was die Erhebung der Kosten des Erkenntnisses per Nachnahme betreffe, so sei dies im kantonalen Prozeßrechte begründet.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Kompetenz des Bundesgerichtes ist dadurch gegeben, daß der Rekurrent behauptet, durch den angefochtenen kleinrätlichen Entscheid werde er in den ihm durch Art. 58, 59 und 4 der Bundesverfassung gewährleisteten Rechten verletzt. Da ferner der Rekurs rechtzeitig eingereicht worden ist, muß auf denselben eingetreten werden.

2. Vorerst ist nun aber klar, daß die Berufung auf Art. 59 B.-V. eine verfehlte ist. Durch diese Bestimmung wird nur dem

Beklagten unter Umständen der Gerichtsstand seines Wohnortes garantiert, während der Kläger ein verfassungsmäßiges Recht auf ein bestimmtes Forum daraus nicht herleiten kann.

3. Dagegen kann allerdings Art. 58 B.-V. nicht nur dann angerufen werden, wenn jemand vor ein besonderes, sonst nicht mit Jurisdiktionsgewalt versehenes Ausnahmegericht gestellt wird, sondern auch dann, wenn eine Gerichtsstandsfrage eine mit der verfassungsmäßigen und gesetzlichen Ordnung dieser Dinge widersprechende, ausnahmsweise Lösung gefunden hat, sei es, daß die Anhandnahme einer Sache durch ein Gericht verweigert wird, das offenbar kompetent war, sei es, daß sich ein solches einer Angelegenheit bemächtigt, die nach den bestehenden Vorschriften schlechterdings nicht in dessen Zuständigkeitssphäre fällt. Gegen ein solches Verfahren ist der Bürger nicht nur durch Art. 58 B.-V., sondern auch durch den allgemeinen Grundsatz der Gleichheit der Bürger vor dem Gesetze (Art. 4 B.-V.) geschützt, der stets da angerufen werden kann, wo behördliche Willkür sich an Stelle der gesetzlichen Regel zu setzen unternimmt (vgl. Amtl. Samml. der bundesg. Entsch., Bd. XVIII, S. 441). Ob nun vorliegend der Kleine Rat des Kantons Graubünden in Mißachtung dieser Grundsätze den Kläger vor die Gerichte des Wohnortes des Beklagten verwiesen habe, hängt nach dem Gesagten davon ab, ob nach bündnerischem Recht für die Klage des Rekurrenten ein Gerichtsstand begründet war oder nicht. Dies muß aber bejaht werden. Es handelt sich um eine Injurienklage, mit der einerseits Bestrafung des Beklagten, anderseits Entschädigung und Genugthuung verlangt wird. Es wird also gegenüber dem Beklagten nicht nur ein Civilanspruch geltend gemacht, sondern auch der staatliche Strafschutz angerufen, wobei dahingestellt bleiben mag, ob das Begehren auf Genugthuung Straf- oder Civilcharakter trage. Nun ist es bundesrechtlich zulässig, daß beide Ansprüche vor dem nämlichen Forum verfolgt werden, und zwar ist in der Regel das Forum für den Strafanspruch maßgebend in der Weise, daß vor demselben auch der auf dem nämlichen Thatbestand beruhende Civilanspruch verfolgt werden kann. Eine Ausnahme könnte nur dann gemacht werden, wenn sich nicht der Strafanspruch, sondern die Civilfolgen als die Haupt-

sache darstellen würden, an die sich die Bestrafung nur in accessorischer Weise anschließen würde. Dies trifft aber für das bündnerische Recht, das, wie nicht bestritten ist, als Recht des Ortes, wo die Injurie begangen wurde, für die öffentlich-rechtlichen Rechtsfolgen dieses Thatbestandes maßgebend ist, nicht zu. Das Polizeigesetz des Kantons Graubünden vom 26. Juli 1873 bedroht neben andern Delikten in den §§ 37 und 39 die Verleumdung und Ehrenkränkung selbständig mit bestimmten Strafen, und es ist nicht blos dem zur Beurteilung einer Injurienklage berufenen Richter die Befugnis zugewiesen, im Anschluß an den Entscheid über die civilrechtlichen Folgen auch noch eine Buße oder eine andere Strafmaßnahme auszusprechen. Es ist also die Injurie als ein besonderes, strafrechtlich verfolgbares Delikt anzusehen. Daran ändert der Umstand nichts, daß die Beurteilung der Injurienklagen in § 41 leg. cit. den Civilgerichten zugewiesen ist. Nicht dies ist maßgebend für die Natur der Klage, sondern deren Inhalt und die Folgen, die an den eingeklagten Thatbestand gesetzlich geknüpft sind, und es hat die Zuweisung an die Civilgerichte nur eine gerichtsorganisatorische und prozessuale Bedeutung, in dem Sinne, daß für diese Fälle die Civilgerichtsbehörden mit Strafkompetenzen ausgerüstet und die Bestimmungen betreffend das Verfahren in Civilsachen für anwendbar erklärt werden. Es hat denn auch die bundesgerichtliche Praxis bei der Lösung von Fragen betreffend den Gerichtsstand derartiger Klagen keineswegs darauf abgestellt, ob zur Beurteilung derselben die Civilgerichte oder die Strafgerichte zuständig seien; vielmehr ist sie dabei stets auf die innere Natur und das Wesen des eingeklagten Anspruchs nach dem maßgebenden Rechte zurückgegangen (vgl. z. B. Amtl. Samml., Bd. XIV, S. 29). Es ist daher der Standpunkt des Rekursbeklagten und des Kleinen Rates von Graubünden, daß der Civilcharakter der Klage vorwiege, ein völlig verfehlter, und es muß daran festgehalten werden, daß man es mit einem dem Hauptbegehren nach strafrechtlichen Anspruch zu thun habe. Sobald aber dies feststeht, so erscheint die auf Art. 59 B.-V. sich stützende Verweigerung der Anhandnahme der Klage des Rekurrenten als eine unbegründete, und es ist dieselbe mit Art. 32 des Gesetzes über das

Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen: „Injurienklagen können sowohl an dem Orte, wo die Injurie angeblich erfolgte, als an dem Wohnorte des angeblichen Injurianten anhängig gemacht werden," schlechterdings nicht in Einklang zu bringen. Der angefochtene kleinrätliche Bescheid enthält somit in der That zu Lasten des Rekurrenten eine mit Art. 58 und Art. 4 B.-V. in Widerspruch stehende Rechtsverweigerung, und muß deshalb aufgehoben werden, und zwar mit Einschluß der angefügten Kostensentenz.

4. Darüber, welches bündnerische Gericht zur Behandlung der Klage des Rekurrenten zuständig sei, liegt ein kantonaler Entscheid nicht vor, und es kann deshalb auf diese Frage, zur Zeit wenigstens, nicht eingetreten werden. Ebensowenig braucht nach Gutheißung des Rekurses wegen Verletzung einer klaren Gerichtsstandsnorm des bündnerischen Rechts geprüft zu werden, ob, was weiter mit einer allerdings nicht recht begreiflichen Begründung behauptet wird, der Kleine Rat in seinem Entscheide ultra petita partium gegangen sei.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird im Sinne der Erwägungen begründet und demgemäß werden die Gerichte des Kantons Graubünden unter Aufhebung des kleinrätlichen Entscheides vom 16./28. Oktober 1896 zur Behandlung der Injurienklage des Rekurrenten zuständig erklärt.

---

80. Urteil vom 17. Juni 1897 in Sachen Angstmann.

A. J. L. Fischers Söhne erhoben gegen Jakob Angstmann vor dem Handelsgerichte des Kantons Aargau Klage wegen Nachahmung der von ihnen hinterlegten Strohhutmuster Nr. 303 und 304, und stellten die Begehren, daß demselben die Weiterfabrikation solcher Hüte untersagt und daß er ihnen gegenüber zum Ersatz des entstandenen Schadens verurteilt werde. Der Beklagte er-

hob vorab die Einrede der Inkompetenz des angerufenen Gerichts, die er im wesentlichen folgendermaßen begründete: Der Großratsbeschluß, durch den das Handelsgericht als einzige Instanz für Muster- und Modellstreitigkeiten bezeichnet worden sei, enthalte eine Abänderung, bezw. Erweiterung der Handelsgerichtsordnung hinsichtlich der Kompetenz des Gerichts. Nach aargauischem Verfassungsrecht sei aber der Große Rat nicht kompetent, ein Gesetz von sich aus abzuändern; dies könnte nur durch die gesetzgebende Gewalt, d. h. das aargauische Volk, geschehen. Der fragliche Großratsbeschluß sei daher für das Handelsgericht unverbindlich. Letzteres verwarf laut Urteil vom 20. April 1897 die Inkompetenzeinrede, weil die Vorschrift des Art. 25 des Bundesgesetzes vom 21. Dezember 1888 betreffend die gewerblichen Muster und Modelle, auf die gestützt der aargauische Große Rat mit Schlußnahme vom 17. Dezember 1894, bezw. 21. August 1895 das Handelsgericht als aargauische Gerichtsstelle im Sinne desselben bezeichnet habe, zwingender Natur sei und entgegenstehende kantonalrechtliche Bestimmungen durchbrochen habe; der Große Rat habe bei Erlaß seines Beschlusses lediglich in strikter Vollziehung des Bundesgesetzes gehandelt; aus diesem stärkern Recht habe er die Kompetenz zum Erlaß einer lediglich die Vollziehung des Bundesgesetzes bezweckenden Anordnung geschöpft.

B. Gegen diesen Entscheid hat namens des Jakob Angstmann sein Anwalt Fürsprech Guggenheim in Baden den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht ergriffen und beantragt, es sei derselbe als verfassungs- und gesetzwidrig aufzuheben. Zur Begründung wird ausgeführt: Ursprünglich sei durch den Großen Rat des Kantons Aargau als die zur Beurteilung von Streitigkeiten aus dem Gesetze betreffend die gewerblichen Muster und Modelle zuständige Gerichtsstelle das aargauische Obergericht bezeichnet worden. Hiegegen wäre wohl nicht viel einzuwenden gewesen, weil alle Bewohner des Aargaus in Civilsachen unter dem Obergerichte stünden. Anders verhalte es sich mit dem Beschluß des Großen Rates, durch den diese Kompetenz dem aargauischen Handelsgerichte zugewiesen worden sei. Nach der aargauischen Handelsgerichtsordnung fallen dem dortigen Handelsgerichte nur Streitigkeiten zwischen Kaufleuten und Industriellen zur Beurteilung zu,

welche Eigenschaft bei Inländern durch das schweizerische Handelsregister nachgewiesen werde: das heiße, vor dem aargauischen Handelsgericht könne kein Aargauer belangt werden, der nicht im schweizerischen Handelsregister stehe. Dies treffe für den Beklagten Angstmann nicht zu. Seine Belangung vor dem Handelsgerichte sei daher eine unzulässige, verfassungswidrige. Der erwähnte Beschluß des Großen Rates, wodurch die Kompetenz zur Beurteilung von Streitigkeiten betreffend Muster- und Modellschutz dem Handelsgerichte zugewiesen worden sei, ändere hieran nichts, da eine solche Übertragung nur durch ein Gesetz, d. h. einen vom Volke angenommenen Erlaß (Art. 25 litt. a der Kantonsverfassung), hätte bewerkstelligt werden können. Abgesehen von Art. 25 litt. a der Kantonsverfassung würden durch jenen Beschluß auch Art. 58 und 59 B.-V. in Verbindung mit Art. 19 der Kantonsverfassung verletzt. Rekurrent unterstehe der Gerichtsbarkeit des Handelsgerichts nicht und habe ein verfassungsmäßiges Recht darauf, vor dem ordentlichen Richter seines Wohnortes belangt zu werden.

C. Das Handelsgericht des Kantons Aargau begnügt sich statt einer Vernehmlassung mit einer Verweisung auf die Motive seines Entscheides, durch das es die Inkompetenzeinrede des Rekurrenten abgelehnt hatte. Die Rekursgegner, vertreten durch Fürsprech Isler in Aarau, schließen auf Abweisung des Rekurses, indem sie im wesentlichen anbringen: Rekurrent scheine den Standpunkt, den er vor dem Handelsgerichte in erster Linie eingenommen habe, daß der Große Rat nicht kompetent gewesen sei, das Handelsgericht als einzige kantonale Instanz des Muster- und Modellschutzes zu bezeichnen, aufzugeben, indem er anerkenne, daß die ursprüngliche, ebenfalls durch bloßes großrätliches Dekret erfolgte Zuweisung dieser Kompetenz an das Obergericht kaum anfechtbar gewesen wäre. Dieser Einwand sei auch wirklich unstichhaltig, da es sich lediglich um die Vollziehung einer bundesrechtlichen Gerichtsstandsnorm gehandelt habe, wozu der Große Rat kompetent gewesen sei. Damit falle aber auch der zweite Einwand des Rekurrenten dahin. Das Handelsgericht sei die passende Instanz für die fragliche Streitigkeit gewesen, und es habe ein Beschluß des Großen Rates genügt, um ihm die erforderliche Kompetenz zuzu-

weisen. Nicht richtig sei überdies, daß nach § 14 der Handelsgerichtsordnung ein Streitfall aus dem industriellen und Handelsverkehr nur dann vom Handelsgericht entschieden werden könne, wenn der Beklagte im Handelsregister eingetragen sei. Letzteres sei nur das ordentliche Beweismittel für die Qualität der Parteien als Kaufleute; andere Beweismittel seien aber durch das Gesetz nicht ausgeschlossen. Es liege deshalb darin, daß der Große Rat die Streitigkeiten über Muster- und Modellschutz, handelsrechtliche Streitigkeiten handgreiflicher Art, als zu den in § 14 der Handelsgerichtsordnung gehörenden bezeichnet habe, schon an sich keine Gesetzeserweiterung. Wäre dies aber der Fall, so komme in Betracht, daß die Erweiterung nicht durch den Kantons-, sondern durch den Bundesgesetzgeber geschaffen worden sei.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

Nach § 14 der aargauischen Handelsgerichtsordnung vom 12. Juli 1887 fallen in die Zuständigkeit des Handelsgerichts, einer einheitlichen mit Gerichtsbarkeit für den ganzen Kanton ausgestatteten Instanz, die Civilstreitigken zwischen Kaufleuten und Industriellen, sofern der Streitwert mehr als 300 Fr. beträgt und der Rechtsanspruch sich auf den vom Beklagten betriebenen industriellen oder Handelsverkehr bezieht. Die Eigenschaft der Parteien als Handelsleute oder Industrielle wird — heißt es weiter — bei den Inländern durch das schweizerische Handelsregister nachgewiesen, bei den Ausländern durch die geeigneten sonstigen Beweismittel. Im vorliegenden Falle trafen nun zweifellos die objektiven, die Natur der Streitigkeit betreffenden Voraussetzungen dieser Bestimmung für die Zuständigkeit des aargauischen Handelsgerichts zu. Was sodann die Frage betrifft, ob auch subjektiv der Rekurrent der Gerichtsbarkeit des Handelsgerichts unterworfen gewesen sei, so fällt zunächst thatsächlich in Betracht, daß sich derselbe auch in der Rekursschrift noch selbst Fabrikant nennt und daß er, wie aus dem handelsgerichtlichen Urteil ersichtlich ist, in großen Quantitäten Strohhüte verkaufte und zum Kaufe anbot. Dagegen war er allerdings nicht im Handelsregister eingetragen. Allein mit dem Wortlaute des Gesetzes ist die Auffassung wohl vereinbar, daß nicht sowohl dieses formale Moment maßgebend für die Kompetenz sein soll, sondern vielmehr die

effektive Eigenschaft eines Kaufmanns oder Industriellen, und daß das Handelsregister lediglich als das ordentliche Beweismittel für die Eigenschaft anerkannt wird. Jedenfalls wäre vom Standpunkte des Bundesrechts aus nichts entgegengestanden, wenn das aargauische Handelsgericht einfach in Anwendung des § 14 der Handelsgerichtsordnung und ohne Beiziehung des großrätlichen Beschlusses, durch den ihm ausdrücklich die Streitigkeiten betreffend den Muster- und Modellschutz zugewiesen wurden, die Kompetenzeinrede des Rekurrenten verworfen und sich für in Sachen zuständig erklärt hätte. Insbesondere hätte nicht Art. 58 B.-V. und noch weniger der nur auf interkantonale Verhältnisse sich beziehende Art. 59 dagegen angerufen werden können; und wie durch einen solchen Beschluß Art. 19 der aargauischen Kantonsverfassung hätte verletzt sein sollen, ist vollends nicht erfindlich. Brauchte aber der erwähnte Großratsbeschluß zur Begründung der Kompetenz des Handelgerichts gar nicht beigezogen zu werden, so ist es nicht nötig, die Frage näher zu erörtern, ob darin, wenn und soweit derselbe wirklich eine Erweiterung der Zuständigkeitsgrenzen des Handelsgerichts enthalten würde, ein unzulässiger Eingriff in das dem Volke vorbehaltene Gesetzgebungsrecht und somit ein Verstoß gegen Art. 25 litt. a der aarg. Kantonsverfassung zu erblicken wäre.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird abgewiesen.

VIII. Vollziehung kantonaler Urteile.
Exécution de jugements cantonaux.

81. Urteil vom 9. Juni 1897 in Sachen Hartmann.

1. Durch Urteil des Amtsgerichtes Thun vom 15. Dezember 1896 wurden die Eheleute Rosina Karolina Hartmann, geb. Jenni, wohnhaft in Schwäbis (Gemeinde Steffisburg), und Karl Hartmann von Villnachern (Aargau) geschieden und die beiden Kinder der Mutter zugesprochen.

Die Kinder waren seiner Zeit bei ihrem Großvater Isaak Hartmann in Villnachern untergebracht worden. Dieser weigerte sich nun, sie der Mutter herauszugeben, und wurde dabei durch den Gemeinderat Villnachern unterstützt.

II. Der Gemeinderat Villnachern stellte beim Bezirksgericht Brugg das Begehren, es möchte der Mutter die elterliche Gewalt entzogen werden. Frau Hartmann verlangte ihrerseits beim Bezirksamt Brugg Vollstreckung des Urteils vom 15. Dezember 1896 und das Bezirksamt entsprach ihrem Gesuch unterm 30. Januar 1897. Gegen diese Verfügung rekurrierten Großvater Hartmann und der Gemeinderat Villnachern beim Regierungsrat des Kantons Aargau. Der Regierungsrat beschloß unterm 30. April 1897, auf den Rekurs für einmal nicht einzutreten, sondern das Urteil betreffend den Entzug der elterlichen Gewalt abzuwarten.

III. Frau Hartmann hat gegen den Beschluß vom 30. April den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht ergriffen und folgende Anträge gestellt:

a. Der genannte Beschluß sei aufzuheben;

b. Der Regierungsrat sei zur beförderlichen Ausfällung seines Entscheides über den Vollstreckungsrekurs zu verhalten.

Die Ausführungen der Rekurrentin sind wesentlich folgende: Die Vollziehung des Scheidungsurteils vom 15. Dezember 1896 werde durch den Regierungsrat des Kantons Aargau gehemmt. Dadurch mache sich diese Behörde einer Rechtsverzögerung zum Nachteile der Rekurrentin schuldig und verletze Art. 61 der B.-V. Das Begehren um Entziehung der elterlichen Gewalt sei irrele-

vant. Nach dem Bundesgesetz vom 25. Juni 1891 betreffend die civilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter (Art. 2 und Art. 4, Abs. 2) stehe Rekurrentin unter dem bernischen und nicht unter dem aargauischen Gerichtsstand.

IV. In seiner Vernehmlassung beantragt der Regierungsrat Abweisung des Rekurses: Das Urteil vom 15. Dezember 1896 sei ergangen im Ehescheidungsstreit zwischen den Eheleuten Hartmann. Gegen den Gemeinderat Villnachern und den Großvater Hartmann könne somit von einer Urteilsvollstreckung nicht die Rede sein. Die Rekurrentin biete keine Garantie für eine rechte Erziehung der Kinder. Daher habe der Regierungsrat, der im Kanton Aargau auch Obervormundschaftsbehörde sei und dem somit in letzter Instanz gemäß den Bestimmungen über das Vormundschaftswesen im aargauischen bürgerlichen Gesetzbuche auch die Obsorge über die Kinder zukomme, den bestehenden Zustand festhalten dürfen. Der Gemeinderat von Villnachern, der, nachdem sich beide Kinder mit Willen und Wissen der Eltern im Kanton Aargau befinden, Vormundschaftsbehörde sei, habe ein Begehren um Entziehung der elterlichen Gewalt beim Bezirksgericht Brugg eingereicht. Diesem scheine sich nun Rekurrentin durch Ablehnung des Gerichtsstandes entziehen zu wollen. Der Gemeinderat Villnachern werde, wenn nötig, auch im Kanton Bern vorgehen, sei es durch Entziehung der elterlichen Gewalt, sei es indem er Revision des Scheidungsurteils veranlaße.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

Der Regierungsrat des Kantons Aargau erklärt in seiner Vernehmlassung, die Kinder der Rekurrentin befinden sich mit Willen und Wissen der Eltern im Kanton Aargau, der Gemeinderat Villnachern sei demnach die zuständige Vormundschaftsbehörde und die aargauische Regierung habe auch als kantonale Obervormundschaftsbehörde die Verfügung erlassen, gegen welche der heutige Rekurs gerichtet ist.

Diese Ausführungen stehen im Widerspruch mit den Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1891 betreffend die civilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter, über deren Anwendung das Bundesgericht zu urteilen befugt ist (Art. 38).

Zu Folge des Scheidungsurteils des Amtsgerichtes Thun wurde die Ausübung der elterlichen Gewalt über die Kinder des Karl Hartmann der Rekurrentin anvertraut (vergl. 153 des Civilgesetzbuches für den Kanton Bern). Die elterliche Gewalt bestimmt sich nun nach dem Rechte des Wohnsitzes (Art. 9, Abs. 1 des citierten Bundesgesetzes), und zwar gilt als Wohnsitz der in elterlicher Gewalt stehenden Kinder der Wohnsitz des Inhabers der elterlichen Gewalt (Art. 4, Abs. 2, leg. cit.), vorliegend also Steffisburg (Kanton Bern). Zu erklären, ob der Rekurrentin die elterliche Gewalt zu entziehen sei, sind einzig die bernischen Behörden (Art. 2, leg. cit.) und zwar der Regierungsstatthalter in Thun (Art. 149 und 150 bern. Civilgesetzb.) kompetent. Demnach war der Regierungsrat des Kantons Aargau als kantonale Obervormundschaftsbehörde nicht befugt, die Rekurrentin in der Ausübung ihrer elterlichen Rechte zu hindern und der Gemeinderat Villnachern kann sein Begehren um Entziehung der elterlichen Gewalt bloß beim Regierungsstatthalter in Thun stellen (Art. 14 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1891).

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

1. Der Rekurs wird begründet erklärt.
2. Der Beschluß des Regierungsrates des Kantons Aargau vom 30. April 1897 wird aufgehoben.
3. Diese Behörde wird zur beförderlichen Ausfällung ihres Entscheides über den Vollstreckungsrekurs eingeladen.

Zweiter Abschnitt. — Deuxième section.

Bundesgesetze. — Lois fédérales.

I. Auslieferung von Verbrechern und Angeschuldigten. — Extradition de criminels et d'accusés.

82. *Arrêt du 16 juin 1897 dans la cause Besson.*

A. Le 4 octobre 1896, Pierre Salvisberg, agriculteur à Buch, commune de Mühleberg (Berne), a déposé une plainte auprès des autorités bernoises contre un nommé Victor Besson, domicilié à Cotterd, commune de Bellerive (Vaud), qu'il accusait de lui avoir volé une génisse dans les circonstances suivantes :

En été 1896, Salvisberg avait remis deux génisses en estivage à Fritz Weissmüller aux Pradières, commune de Boudevilliers (Neuchâtel). A la fin de la saison d'alpage, soit le 7 septembre, il se rendit à Champion, ainsi que d'autres paysans de la contrée qui avaient confié du bétail à Weissmüller, afin de reprendre ses génisses. Il reconnut celles-ci dans le troupeau amené par le berger de Weissmüller, mais Victor Besson prétendit également reconnaître l'une d'elles comme sienne et l'emmena avec l'aide d'autres personnes.

Une enquête fut instruite au sujet de ces faits par le juge d'instruction de Cerlier. A la requête de ce magistrat, l'ac-

cusé et divers témoins furent entendus par le juge de paix du cercle de Cudrefin. Lors de son interrogatoire le 17 octobre 1896, lecture fut faite à l'accusé de la plainte portée contre lui. Il protesta contre l'accusation dont il était l'objet et déclara qu'il entendait d'ores et déjà porter plainte en diffamation contre son accusateur au cas où l'enquête ne serait pas arrêtée immédiatement. Entendu de nouveau le 31 décembre 1896, il déclara maintenir que la génisse, revendiquée par Salvisberg, était sa propriété à lui, Besson.

Le 15/18 janvier 1897, communication fut faite à l'accusé, sous le sceau du juge d'instruction de Cerlier et par l'entremise des autorités vaudoises, que les actes de la procédure allaient être transmis à la Chambre d'accusation, qu'il pouvait demander un complément d'enquête et fournir un mémoire, et qu'il devait, sous peine de péremption de son droit de défense, présenter celle-ci ou annoncer son intention d'en présenter une au président de la Chambre d'accusation et au plus tard pour la séance qui suivrait immédiatement l'envoi des pièces.

Besson s'est abstenu de tout procédé à la suite de cette communication.

Le 3 février 1897, la Chambre d'accusation du canton de Berne, vu l'insuffisance des preuves, a rendu un arrêt de non-lieu au sujet de l'accusation de vol dirigée contre Besson, mais elle a mis les frais de l'enquête à la charge de l'accusé. Cet arrêt a été notifié à Besson le 12 février 1897.

B. Le 24 février, ce dernier a adressé au Tribunal fédéral un recours de droit public dans lequel il expose ce qui suit:

La condamnation aux frais prononcée contre lui par l'arrêt du 3 février viole les art. 1er et 2me de la loi sur l'extradition du 24 juillet 1852. Lorsqu'un canton veut diriger des poursuites pénales, pour l'un des délits prévus par la dite loi, contre une personne résidant sur le territoire d'un autre canton, il est tenu de procéder par la voie légale d'une demande d'extradition. Par conséquent, il ne saurait condamner cette personne aux frais de procédés juridiques qu'il a faits au mépris de cette règle. D'après la jurisprudence du Tribunal

fédéral, la personne intéressée a en pareil cas un droit de recours basé sur les art. 113, chiffre 3 de la Constitution fédérale et 175, chiffre 3 de l'organisation judiciaire. Fondé sur ces principes, le recourant demande au Tribunal fédéral d'annuler la condamnation dont est recours.

C. En réponse à la communication du recours, la Chambre d'accusation du canton de Berne a conclu à ce qu'il soit écarté comme mal fondé pour les motifs ci-après :

L'extradition du recourant n'a pas été demandée aux autorités vaudoises. Néanmoins l'arrêt attaqué ne viole pas la loi du 24 juillet 1852, par la raison que le recourant s'est soumis volontairement à la juridiction bernoise, ce qui résulte du fait que ni lors de son audition devant le juge de son domicile, à l'occasion de laquelle connaissance lui a été donnée de la plainte portée par Salvisberg, ni à la suite de la communication qui lui a été faite de l'envoi du dossier à la Chambre d'accusation, il n'a élevé la moindre objection au sujet de la légalité de la procédure instruite contre lui. Ce fait est d'autant plus significatif que la communication du 15/18 janvier 1897 rappelait au recourant qu'il avait le droit de produire un mémoire pour sa défense, mémoire dans lequel il aurait naturellement pu se prévaloir des dispositions de la loi sur l'extradition s'il l'avait jugé à propos.

Eventuellement la Chambre d'accusation fait valoir qu'il ne s'agirait pas dans le cas particulier d'un délit donnant lieu à extradition. La qualification juridique des actes qui ont donné lieu à la plainte ne pouvait être fixée définitivement que par l'arrêt de la Chambre d'accusation. Mais l'enquête ayant été terminée par un arrêt de non-lieu, faute de preuves suffisantes, la question de savoir si elle a été instruite pour cause de vol ou pour cause de dommage causé par imprudence (art. 256, chiffre 11, C. pén. bern.) est demeurée ouverte. Il importe peu à cet égard que l'arrêt ne parle que de vol.

Vu ces faits et considérant en droit :

1. La recevabilité du recours et la compétence du Tribunal fédéral ne sont pas contestées et sont d'ailleurs hors de doute.

2. La Chambre d'accusation du canton de Berne conteste en revanche que le recours soit fondé, et cela par le motif essentiel que le recourant se serait soumis volontairement à la juridiction bernoise. La preuve de cette soumission ne résulte toutefois pas des faits invoqués par la Chambre d'accusation à l'appui de sa manière de voir.

En ce qui concerne d'abord le fait de la comparution du recourant devant le juge de paix de Cudrefin, on doit admettre d'une manière générale que le fait d'un accusé de se rendre à la citation du juge de son domicile et de répondre aux questions de ce magistrat procèdant sur la requête du juge d'un autre canton n'implique pas nécessairement la reconnaissance de la juridiction de ce dernier magistrat. (Voy. arrêt en la cause Stöckli contre Fribourg, du 18 novembre 1896.) Cette reconnaissance ne peut être déduite que des circonstances particulières de la comparution et de l'audition de la personne intéressée. Dans l'espèce, la Chambre d'accusation de Berne relève la circonstance que le recourant n'a élevé aucune objection contre la légalité de l'enquête ouverte contre lui dans le canton de Berne. Il est à remarquer cependant qu'il a protesté contre l'accusation dont il était l'objet et déclaré vouloir porter plainte en diffamation contre son accusateur si l'enquête n'était pas arrêtée immédiatement. Même si l'on fait abstraction de cette protestation, on ne saurait conclure du fait que le recourant n'a pas décliné expressément la compétence des autorités bernoises qu'il ait tacitement accepté leur juridiction, attendu qu'il n'a pas été mis en demeure de se prononcer à cet égard et qu'il avait d'ailleurs d'autant moins de raison de le faire qu'il pouvait admettre à ce moment-là que les autorités bernoises procéderaient en conformité de la loi sur l'extradition avant de statuer sur l'accusation portée contre lui.

Le second fait invoqué par la Chambre d'accusation de Berne est que le recourant a gardé le silence à la suite de la communication qui lui a été faite de l'envoi de l'enquête à la dite Chambre et de son droit soit de requérir un complément d'enquête soit de produire un mémoire pour sa défense. Mais

cette circonstance n'est pas non plus de nature à démontrer que le recourant se soit volontairement soumis à la juridiction bernoise. Sans doute il avait le droit de produire un mémoire pour sa défense et aurait pu exciper de l'incompétence des autorités bernoises à raison de l'inobservation des prescriptions de la loi sur l'extradition. On ne saurait toutefois conclure de ce qu'il n'a pas fait usage de ce droit qu'il ait ainsi reconnu tacitement la juridiction bernoise.

Quant au moyen subsidiaire opposé au recours par la Chambre d'accusation et consistant à dire qu'il ne serait pas démontré qu'il s'agit dans le cas particulier d'un délit devant donner lieu à une demande d'extradition, il est évidemment mal fondé. La plainte portée contre le recourant l'accusait de vol et c'est comme prévenu de ce délit qu'une enquête a été instruite contre lui. Il n'est pas établi que les faits qui lui étaient reprochés fussent caractéristiques non pas du délit de vol, mais d'un autre délit non prévu par la loi sur l'extradition. La Chambre d'accusation elle-même, dans son arrêt du 3 février 1897, se borne à constater que les preuves de vol ne sont pas suffisantes. Il ne peut donc être question dans l'espèce d'autre chose que d'une accusation de vol à raison de laquelle le recourant, domicilié dans le canton de Vaud, ne pouvait être condamné par les autorités bernoises, même au payement des frais de l'instruction, qu'à la condition qu'elles eussent obtenu préalablement son extradition des autorités vaudoises, ce qui n'a pas eu lieu.

Par ces motifs et vu les art. 113, chiffre 3 de la Constitution fédérale, 175, chiffre 3 de l'organisation judiciaire fédérale, 1 et 2 de la loi sur l'extradition du 24 juillet 1852,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est déclaré fondé et l'arrêt de la Chambre d'accusation du canton de Berne, du 3 février 1897, annulé en tant qu'il condamne le recourant au payement des frais d'enquête.

II. Organisation der Bundesrechtspflege.
Organisation judiciaire fédérale.

83. Urteil vom 6. Mai 1897 in Sachen Lussy und Konsorten.

A. Mit Eingabe vom 15. Dezember 1895 hatte Nikolaus Lussy für sich und eine Anzahl anderer nidwaldenscher Gültenbesitzer beim Bundesgericht den Antrag gestellt, es möchte der Beschluß der Landsgemeinde von Nidwalden vom 13. Oktober 1895, durch den der bisherige Art. 15 der kantonalen Verfassung aufgehoben und durch eine neue Bestimmung ersetzt wurde, als ungültig erklärt und aufgehoben werden, unter Auferlegung der Kosten an den Verfassungsrat des Kantons Nidwalden. Laut Entscheid vom 29. Januar 1896 trat das Bundesgericht auf den Rekurs, soweit er sich auf Verletzung der Bundesverfassung stützte, wegen Inkompetenz, soweit dagegen Verletzung der Kantonsverfassung behauptet war, zur Zeit nicht ein. Dieser Entscheid ist den Rekurrenten im Dispositiv sofort, in vollständiger Ausfertigung bald nachher mitgeteilt worden. Nachdem dann die Bundesversammlung dem neuen Verfassungsartikel im Juni 1896 die eidgenössische Gewährleistung erteilt hatte, reichte Nikolaus Lussy für sich und Konsorten einen vom 29. Juni datierten neuen staatsrechtlichen Rekurs beim Bundesgericht ein, mit folgenden materiellen Anträgen: „1. Das h. Bundesgericht wolle das am „26. April abhin von der h. Landsgemeinde des Kantons Unter„walden nid dem Wald beschlossene Einführungsgesetz zum neuen „Art. 15 unserer Kantonsverfassung, soweit es die vor 1. Januar „1883 errichteten Gülten betrifft, aufheben. 2. Mit diesem Be„schluß fällt dann auch für obbenannte Hypotheken das Auf„und Abkündungsrecht dahin; eventuell 3. a sei von den vor „9. Mai 1751 errichteten Pfundgülten für $^2/_5$ Kapitalverlust „und b für die nach 9. Mai 1751 bekannten Pfundgülten wegen „Entwertung derselben an die Gülteneigentümer voller Schaden„ersatz zu leisten"; unter Kostenfolge für den Verfassungsrat des

Kantons Nidwalden. Im Eingange des Rekurses wurde zudem darauf hingewiesen, daß die Rekurrenten im Dezember 1895 einen Rekurs gegen den Landsgemeindebeschluß vom 13. Oktober 1895 eingereicht hätten, der noch nicht erledigt sei. Nach zweimaligem Schriftenwechsel und nachdem Nikolaus Lussy und Konsorten in zwei weitern Eingaben vom 24. und 31. Oktober 1896 ihren Standpunkt dargelegt hatten, erkannte das Bundesgericht unterm 5. November: „1. Mit ihren Hauptanträgen unter Ziffer 1 und „2 der Rekursschrift vom 29. Juni 1896 betreffend Aufhebung „des erwähnten Einführungsgesetzes im angegebenen Umfange „sind die Rekurrenten abgewiesen. 2. Auf die eventuellen Anträge „der Rekurrenten unter Ziffer 3 der Rekursschrift betreffend Scha„denersatz wird nicht eingetreten. 3. Damit ist der Rekurs der „nämlichen Rekurrenten, vom 15. Dezember 1895, betreffend Auf„hebung des Art. 15 der Kantonsverfassung von Nidwalden „definitiv in abweisendem Sinne erledigt. 4. Die Rekurrenten „haben die Ausfertigungsgebühren und Kanzleiauslagen mit 37 Fr. 50 Cts. zu bezahlen." Dieses Urteil ist den Rekurrenten, nachdem ihnen schon gleich nach der Ausfällung das Dispositiv eröffnet worden war, unterm 12. Dezember 1896 in Abschrift mitgeteilt worden.

B. Mit Eingabe vom 11. Januar 1897 reichten Nikolaus Lussy und Mithafte beim Bundesgericht ein Revisionsbegehren ein, das sich gegen die bundesgerichtlichen Urteile vom 29. Januar und 5. November 1896 richtet. Gegen ersteres wird eingewendet, daß den Parteien, entgegen den Vorschriften in Art. 21 und 51 des Bundesgesetzes über das Verfahren vor Bundesgericht in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 22. November 1850, von dem Tage der Urteilsfällung keine Mittheilung gemacht worden sei, mit dem Beifügen, wahrscheinlich werde das Bundesgericht am 29. Januar 1896 überhaupt keine Sitzung gehabt haben, wie man denn auch den Gerichtsentscheiden entnommen habe, daß am 29. Januar 1896 ein ganz anderer Gerichtsfall behandelt und entschieden worden sei. Der diesbezügliche Antrag lautet: „Es sei das Ur„teil vom 29. Januar 1896, weil ganz inkorrekt, als nicht zu „Recht bestehend erklärt." Was dann das Urteil vom 5. November 1896 betrifft, so wird zunächst geltend gemacht, der neue

Art. 15 der Kantonsverfassung sei schon formell entschieden anfechtbar, weil mit der Revision des Art. 15 nicht auch diejenige aller mit dem neuen Artikel im Widerspruch stehenden Bestimmungen vorgesehen und vorgenommen worden sei; namentlich wäre es unbedingt erforderlich gewesen, daß gleichzeitig mit der erfolgten Annahme des Art. 15 auch die Art. 13 und 43 der Verfassung einer Revision unterzogen worden wären. Da solches nicht geschehen, so seien die Art. 13 und 43 und alle andern Artikel der Verfassung, die nicht speziell revidiert worden, in bisheriger voller Rechtskraft geblieben. Darauf gestützt wird das Begehren gestellt: „Art. 15 sei dem Art. 13 und übrigen angerufenen Ar„tikeln der Kantonsverfassung als gleichwertig zu betrachten." Ferner beschweren sich die Rekurrenten gegen Dispositiv 3 des Urteils vom 5. November 1896 deshalb, weil sie auf einer Aufhebung des Art. 15 der Kantonsverfassung überhaupt nicht beharrt hätten. Dies sei in ihrer Eingabe vom 24. Oktober 1896 ausdrücklich hervorgehoben worden, und auf die bezügliche Stelle hätten sie den Präsidenten des Bundesgerichts vor der Verhandlung vom 5. November noch speziell aufmerksam gemacht. Allerdings hätten sie verlangt, daß auch der Rekurs vom 15. Dezember 1895 seine Erledigung zu finden habe, jedoch nur in dem Sinne, wie dies rechtzeitig angezeigt worden sei, worüber hoffentlich kein Zweifel bestehen könne. Das bezügliche Revisionsbegehren lautet: „Es sei Dispositiv 3 des bundesgerichtlichen Urteils vom „5./6. November 1896 dahin umzuändern: „Art. 15 der Kan„tonsverfassung sei aus angeführten Gründen mit Art. 13 und „übrigen Artikeln der Kantonsverfassung als gleichwertig zu be„trachten, sowie auch von der Abweisung der Rekurrenten, be„treffend Aufhebung desselben, Umgang zu nehmen." Endlich werden auch Dispositiv 1 und 2 des Urteils vom 5. November 1896 angefochten: Das Einführungsgesetz zum neuen Art. 15 der Verfassung sei schon vom Landrat, trotz Protest, in verfassungswidriger Weise an die Landsgemeinde zulässig erklärt worden. Der dann angenommene Gegenvorschlag aber sei nach Art. 41 litt. a der Kantonsverfassung vollständig unzulässig gewesen. In § 8 sei zudem eine Verfassungserläuterung des neuen Art. 15 enthalten, was hier nicht zutreffend sei (Art. 48, Abs. 2 der

Kantonsverfassung). Dabei wird auf verschiedene Aktenstücke vom Februar, März und April 1896 verwiesen. Weiter wird das Einführungsgesetz auch deshalb als formell anfechtbar hingestellt, weil darin keine Bestimmung über die Aufhebung widersprechender Gesetze und Verordnungen enthalten sei. Dann falle aber insbesondere in Betracht, daß das Einführungsgesetz, insbesondere § 8 desselben, mit Art. 13 der Verfassung im Widerspruch stehe. Demgemäß wird beantragt, es sei „in Abänderung der neu hinzugekommenen Motive" das Dispositiv 1 des Urteils vom 5. November 1896 aufzuheben, und ferner: „1. Das hohe Bundes„gericht wolle das am 26. April abhin von der h. Landsgemeinde „des Kantons Unterwalden nid dem Wald beschlossene Einfüh„rungsgesetz zum neuen Art. 15 unserer Kantonsverfassung, so„weit es die vor 1. Januar 1883 errichteten Gülten betrifft, „aufheben. 2. Mit diesem Beschluß fällt dann auch für obbe„nannte Hypotheken das Auf- und Abkündigungsrecht dahin." Endlich wird darauf hingewiesen, daß im mehrerwähnten bundesgerichtlichen Urteil auf Fol. 16, Zeile 11 statt 12. Oktober es heißen sollte 13. Oktober. Eine dem Revisionsbegehren „zur nähern Orientierung" beigelegte Eingabe vom gleichen Datum, 11. Januar 1897, beschäftigt sich zunächst mit den Voten der Berichterstatter der eidgenössischen Räte über die Frage der Gewährleistung des neuen Art. 15 der nidwaldenschen Verfassung, und mit einem Schreibfehler, der bei Mitteilung des Dispositivs des Urteils vom 5. November 1896 mituntergelaufen war (als Datum des Rekurses vom 29. Juni war der 22. Juni 1896 genannt worden), verlangt sodann eine klarere Auseinanderhaltung von Dispositiv 2 und 3, kommt weiter darauf zurück, daß die Rekurrenten ihren Antrag auf Aufhebung des Art. 15 der Verfassung nicht aufrecht erhalten hätten, und daß es mit dem Urteil vom 29. Januar 1896 nicht richtig zugegangen sei, sucht darzuthun, daß der Rekurs Jann und Konsorten von dem Rekurs Lussy und Konsorten wohl zu unterscheiden sei, und schließt mit der Reproduktion einer am 5. November 1896 dem Bundesgerichte eingereichten, die bestehenden Gültverhältnisse betreffenden Zuschrift. Am 18. Januar langte eine weitere, umfangreiche Eingabe vom 16. Januar ein, in der im Anschluß an die Botschaft

des Regierungsrates des Kantons Nidwalden über das Begehren um Revision der Gültartikel vom 6. März 1893 neuerdings meist rechtshistorische Bemerkungen über die Gültfrage vorgebracht werden. Als Beweismittel wurden, außer der erwähnten regierungsrätlichen Botschaft, verschiedene Auszüge aus den Verhandlungsprotokollen des Regierungsrates, das Sachenrecht von Deschwanden, ein Landratsbeschluß vom 15. Februar 1888, eine Botschaft des Landrates vom 25. September 1895 und Auszüge aus den Gültprotokollen vom 1800 bis 1814 genannt. Am 18./20. Januar 1897 erfolgte eine weitere Eingabe der Rekurrenten mit dem Begehren, das Bundesgericht wolle an Hand des Art. 193 und 192, Ziffer 1 und fernere Ziffer des Bundesgesetzes vom 22. November 1850 die Frist zur Eingabe der Revisionsbegehren von der Zustellung des Urteils (12. Dezember 1896) an gerechnet, auf 3 Monate als gesetzliche Frist erachten, und in der ferner verlangt wird, es sei über die nidwaldenschen Gültprotokolle, da die bezüglichen Angaben der Gegenpartei mit den eigenen Auszügen nicht übereinstimmen, eine Expertise zu veranstalten. Im übrigen enthält diese Eingabe im wesentlichen Wiederholungen der frühern Behauptungen; neu ist nur die Berufung auf Art. 4 des Bundesgesetzes vom 22. November 1850, wonach das Gericht einer Partei weder mehreres noch anderes zusprechen darf als sie selbst verlangt, noch weniger als die Gegenpartei anerkannt hat.

C. Der Verfassungsrat des Kantons Nidwalden schließt in seiner Vernehmlassung vom 12. Februar 1897 auf Abweisung des Revisionsbegehrens, unter Kostenfolge für die Impetranten. Die Einwendungen gegen Art. 15 der Verfassung und das Einführungsgesetz seien nichts neues und durch das Urteil vom 5. November 1896 erledigt. Auf die daherigen Anträge der Rekurrenten sei deshalb nicht zurückzukommen. Das Begehren, es sei Art. 15 als den übrigen Verfassungsartikeln gleichwertig zu erklären, sei neu und könne schon deshalb nicht gutgeheißen werden. Übrigens sei klar, daß die formell gültige Annahme neuer Verfassungsbestimmungen alle entgegenstehenden Vorschriften ipso jure aufhebe. Gegenüber der Behauptung, daß auf der Aufhebung des Art. 15 der Verfassung nicht beharrt worden sei, wird dar-

auf aufmerksam gemacht, daß mit dem Rekurs vom 29. Juni 1896 thatsächlich nicht nur das Einführungsgesetz, sondern der Verfassungsartikel selbst angefochten wurde. Im übrigen werde, was das Urteil vom 5. November 1896 betrifft, keine einzige neue Thatsache und kein neues Beweismittel angeführt, das zur Revision führen könnte, und zwar weder im Revisionsbegehren selbst, noch in der erläuternden Eingabe, und was die Anfechtung des Entscheides vom 29. Juni 1896 betreffe, so brauche nur auf Art. 183 O.-G. verwiesen zu werden. Die Eingabe vom 16. Januar endlich könne, soweit die Revision sich auf Art. 192, Ziff. 1 des Gesetzes vom 12. November 1850 stütze, wegen Verspätung nicht mehr in Berücksichtigung gezogen werden, und Art. 192, Ziff. 2 eodem treffe nicht zu, da das einzige neue Aktenstück, das angeführt werde, die landrätliche Botschaft vom 6. März 1893, damals in jedermanns Hände gekommen sei.

D. In einer Replik vom 10. April 1897, ersetzt durch eine berichtigte Replik vom 20. gl. Mts., wird es unternommen, „zufolge Untersuch in den Archivprotokollen und weitern Erkundigungen" die Unhaltbarkeit der Einwendungen des Verfassungsrates gründlich zu widerlegen, wobei jedoch im wesentlichen nur bereits gesagtes wiederholt wird. Hervorzuheben ist bloß, daß in dieser Eingabe die Art. 95, 96 und 98 des Organisationsgesetzes, 192, 193, 197 und 198 des Bundesgesetzes vom 22. November 1850, sämtlich citiert, daß zur Begründung der Beschwerde wegen Abweisung des Rekurses vom 15. Dezember 1895 speziell die Bestimmungen in Art. 192, Ziff. 1, litt. c und d angerufen werden, und daß sich die Rekurrenten zum Schluß darüber beschweren, daß das Urteil vom 5. November 1896, trotzdem es von der II. Abteilung ausgefällt wurde, doch so laute, als ob es von der I. Abteilung herrühre, und daß die Motive des Urteils Jann und Genossen wesentlich anders lauten, als diejenigen im Urteil Lussy und Genossen. Beigefügt wird, daß die Datumsverschreibung im Urteil vom 5. November 1896 ein verzeihlicher Irrtum sei. Der Replik wurde eine Menge von Akten, teils Auszüge aus den Archivprotokollen von Stans, teils Imprimate und Schriftstücke, die auf die Gültfrage überhaupt und die Revision des Gültenartikels im besondern Bezug haben, beigelegt.

E. In einer Eingabe vom 20. April wird, gestützt auf Art. 197 des Gesetzes vom 22. November 1850, das Ansuchen gestellt, es möchte die Erläuterung und Berichtigung von Schreibfehlern oder Irrtümern in Eingaben der Rekurrenten selbst vorgenommen werden. Zwei später eingelegte Ausstandsbegehren gegen Mitglieder des Bundesgerichts wurden abschlägig beschieden, ebenso vom Präsidenten ein Gesuch um Sistierung des Urteils vom 5. November 1896. Eine letzte Zuschrift vom 4. Mai enthält nichts neues. Nebenbei hatten Rekurrenten unter mehreren Malen auch über die Art, wie der Regierungsrat des Kantons Nidwalden nunmehr in der Gültfrage vorgehe, Bericht erstattet.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Vorweg müssen die Eingaben der Rekurrenten über das Verhalten des Regierungsrates von Nidwalden seit Erlaß des bundesgerichtlichen Urteils vom 5. November 1896 von der gerichtlichen Diskussion über das heute zu beurteilende Revisionsbegehren ausgeschlossen werden. Dieselben beziehen sich auf neue Vorgänge, die dem Bundesgerichte niemals zur Beurteilung vorgelegen sind.

2. Das in der Eingabe vom 18. Januar 1897 gestellte Zwischengesuch, dahin gehend, es möchte das Bundesgericht an Hand der Art. 193 und 192, Ziff. 1 ff. des Bundesgesetzes vom 22. November 1850 die Frist zur Eingabe der Revisionsbegehren auf 3 Monate von der Zustellung des Urteils an erstrecken, muß abgewiesen werden, weil nach Art. 42 O.-G. und Art. 65 des erwähnten Bundesgesetzes gesetzlich bestimmte Fristen durch den Richter nicht erstreckt werden können.

3. Revisions- und Erläuterungsbegehren sind nach Art. 188 nach Maßgabe der Art. 95 ff. O.-G. auch gegenüber staatsrechtlichen Entscheidungen des Bundesgerichts zulässig in den im Bundesgesetze vom 22. November 1850 vorgesehenen Fällen. Dieses bestimmt über die Revision in den Art. 192—196:

„Art. 192. Die Revision eines vom Bundesgerichte ausgefällten Civilurteiles ist zulässig:

„1. In Fällen von Nichtigkeit. Diese ist vorhanden:

„a. wenn die Vorschriften des Organisationsgesetzes über die „Bundesrechtspflege, betreffend die Besetzung des Gerichts, verletzt „wurden;

„b. wenn die Bestimmungen der Art. 2, 4 und 181 dieses „Prozeßgesetzes nicht beobachtet wurden;

„c. wenn das Gericht in den Akten liegende erhebliche Thatsachen aus Versehen gar nicht, oder auf irrtümliche Weise gewürdigt hat;

„d. wenn einzelne Punkte der Klage oder Widerklage unbeurteilt geblieben sind.

„2. Wenn der Impetrant entschiedene Beweismittel auffindet, „deren Beibringung ihm im frühern Verfahren unmöglich gewesen war.

„3. Wenn auf dem Wege des Strafprozesses erwiesen wird, „daß ein Richter, der an der Ausfällung des Urteils Teil genommen hatte, bestochen war, oder daß die Gegenpartei des Impetranten oder ein zu ihren Gunsten Handelnder ein Verbrechen „oder Vergehen verübt hatte, um das in Frage liegende Urteil „auszuwirken.

„Art. 193. Das Revisionsgesuch muß jedoch in den Fällen „des Art. 192, Ziff. 1 innerhalb eines Monates vom Empfange „der schriftlichen Ausfertigung des Urteils, und in den übrigen „Fällen innerhalb dreier Monate von der Entdeckung des Revisionsgrundes an gerechnet, bei Strafe des Ausschlusses, bei dem „Gerichte anhängig gemacht werden.

„Art. 194. Nach Ablauf von fünf Jahren kann die Revision „eines Urteils bloß noch in den in Art. 192, Ziff. 3 vorgesehenen „Fällen nachgesucht haben.

„Art. 195. Über die Zulässigkeit der Revision findet eine mündliche Verhandlung vor dem Gerichte, welches das Urteil ausgefällt hat, statt. Wird das Revisionsgesuch zugelassen, so kann „der Impetrant innerhalb dreier Monate Klage auf Abänderung „des frühern Urteils und Zurückerstattung der infolge desselben „gemachten Leistungen einreichen.

„Art. 196. Das Revisionsgesuch bewirkt keinen Aufschub der „Vollziehung des angefochtenen Urteils, insofern das Gericht bei „Gestattung der Revision nichts anderes verfügt."

Und über die Erläuterung sagt Art. 197: „Wenn die Bestimmungen eines Urteils dunkel, unvollständig, zweideutig oder sich „widersprechend sind, sowie wenn dieselben Redaktions- oder Rech-

„nungsfehler enthalten, so soll das Gericht auf Ansuchen einer „Partei die Erläuterung oder Berichtigung verfügen."

4. Was nun zunächst das Begehren um Revision des Urteils vom 29. Januar 1896 betrifft, so könnte dasselbe nur noch in Behandlung gezogen werden, wenn es sich auf den Revisionsgrund des Art. 192, Ziff. 3 l. c. stützen würde. Der hier vorgesehene Thatbestand wird nun aber nicht einmal behauptet. Deshalb kann auf dieses Begehren wegen Versäumung der Revisionsfrist nicht eingetreten werden. Übrigens mag bemerkt werden: Gegenüber der Vermutung, es sei am 29. Januar 1896 überhaupt kein Entscheid über den damals hängigen Rekurs des N. Lussy und Konsorten ausgefällt worden, wird lediglich auf das Gerichtsprotokoll verwiesen, aus dem den Rekurrenten ein das Urteil über ihren Rekurs enthaltender Auszug zugestellt worden ist. Zu Unrecht sodann berufen sich dieselben für ihre Beschwerde darüber, daß sie vom Verhandlungstermine nicht in Kenntnis gesetzt worden seien, auf die Art. 21 und 51 des Bundesgesetzes vom 22. November 1850. Diese Vorschriften gelten für das Verfahren in staatsrechtlichen Streitigkeiten überhaupt nicht. Vielmehr trifft dies bezüglich Art. 183 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893 zu, der bestimmt: „Die staatsrechtlichen Entscheidungen des Bundesgerichts „erfolgen in der Regel auf Grundlage eines durch einen Instruk„tionsrichter zu leitenden schriftlichen Verfahrens. Ausnahmsweise „kann, wenn eine Partei es verlangt und besondere Gründe da„für vorliegen, das Bundesgericht eine mündliche Schlußverhand„lung anordnen." In der Regel hat demgemäß eine Vorladung zu der Verhandlung über derartige Fälle nicht zu erfolgen und unterbleibt ferner auch eine bloße Terminsanzeige. Allerdings hatte die ständerätliche Kommission zum Geschäftsbericht des Bundesgerichts pro 1880 das Postulat gestellt, es sei dasselbe einzuladen, die Tagfahrt für die Entscheidungen staatsrechtlicher Streitfälle den Parteien zur Kenntnis zu bringen oder den letztern die motivierten Erkenntnisse mit möglichster Beförderung zuzustellen. Es war jedoch dieser Antrag nicht zum Beschlusse erhoben worden, uud in seinem Geschäftsbericht pro 1881 hat überdies das Bundesgericht ausdrücklich sich für Beibehaltung des bisherigen

Zustandes ausgesprochen (vgl. B.-B. von 1882, II, 694), der dann auch seither keine Änderung erfahren hat. Es mag beigefügt werden, daß auch im Revisionsverfahren eine mündliche Verhandlung oder eine Terminsanzeige nach dem Gesetze (Art. 96 O.-G.) nur stattfindet, wenn dies das Bundesgericht für angemessen hält. Da hiefür kein Grund vorlag, ist eine Ladung oder Mitteilung des Termins auch hier unterblieben. Ein telegraphisches Gesuch der Rekurrenten, von letzterm in Kenntnis gesetzt zu werden, ist erst nach Ausfällung des Entscheides eingelangt.

5. Was nun die das Urteil vom 5. November 1896 betreffenden Revisionsanträge betrifft, so beschweren sich die Rekurrenten vornehmlich darüber, daß der Rekurs vom 15. Dezember 1895 abgewiesen worden sei, trotzdem sie erklärt hätten, daß darauf nicht beharrt werde. Sie berufen sich dabei (allerdings erst in der Replik) ausdrücklich auf die Bestimmungen in Art. 192, Ziff. 1 litt. c und d des Gesetzes vom 22. November 1850. Überdies scheinen sie die litt. b der Ziff. 1 des genannten Artikels in Anspruch nehmen zu wollen, indem sie auch den Art. 4 des erwähnten Gesetzes als verletzt bezeichnen, der den Grundsatz iudex ne eat ultra petita partium ausspricht und wegen dessen Mißachtung nach jener litt. b die Revision anbegehrt werden kann. Alle diese Revisionsgründe treffen jedoch vorliegend nicht zu, weil es an der behaupteten thatsächlichen Voraussetzung mangelt. Nicht nur zielte der Rekurs vom 29. Juni 1896, der allerdings formell nur gegen das Einführungsgesetz zum neuen Art. 15 der Verfassung gerichtet war, materiell auf eine Aufhebung des letztern selbst, wie sie im Rekurs vom 15. Dezember 1895 anbegehrt war, ab, sondern es wurde auch im spätern Rekurse ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht, daß der frühere noch nicht erledigt sei; ferner haben die Rekurrenten in einer Zuschrift vom 17. August 1896 auf ein Schreiben vom 8. Februar verwiesen, worin mitgeteilt war, daß sie den staatsrechtlichen Rekurs (worunter nur derjenige vom 15. Dezember 1895 verstanden sein konnte) endgültig zum Entscheide bringen wollten; auch in der Eingabe vom 24. Oktober betonten sie nachdrücklich, daß sie den Rekurs vom 15. Dezember 1895 nicht zurückgezogen hätten und zum Schlusse heißt es: „Wir geben uns der angenehmen Hoffnung

hin, es werden unsern Gesuchen entsprochen und laut dieser Eingabe unser Rekurs vom 15. Dezember 1895 vorerst oder dann unsere beiden Rekurse gemeinsam vom h. Bundesgericht behandelt und beurteilt werden;" endlich wurde in einer Eingabe vom 31. Oktober 1896 förmlich der Antrag wiederholt, „unsern Rekursgesuchen vom 15. Dezember 1895 und 29. Juni 1896 zu „entsprechen und den Verfassungsrat namens des Staates Nid„walden zur Kostenbezahlung an uns zu verpflichten." Da nun der Rekurs vom 15. Dezember 1895 sachlich nur ein Begehren enthielt, nämlich das Begehren um Aufhebung des neuen Art. 15 der Verfassung, das durch das Urteil vom 29. Januar 1896 nicht definitiv erledigt, auf das vielmehr nur zur Zeit nicht eingetreten worden war, ist klar, daß nach den erwähnten Vorgängen angenommen werden mußte, es werde nun eine definitive Beurteilung dieses Rekurses verlangt, und hieran vermag der Satz in der Eingabe vom 24. Oktober 1896: „Bei der seit Einreichung „des Rekurses vom 15. Dezember 1895 veränderten Sachlage „der Gewährleistung des Art. 15, gehen wir von Aufhebung „desselben ab," ein Satz, der im Widerspruch steht mit dem ganzen übrigen Verhalten der Rekurrenten, nichts zu ändern, mag immerhin vor der Verhandlung noch speziell auf denselben hingewiesen worden sein. Können sich aber darnach die Rekurrenten nicht darüber beschweren, daß das Bundesgericht im Urteil vom 5. November 1896 auch ihren Rekurs vom 15. Dezember 1895 definitiv erledigt hat, so ist auch der mit dieser Beschwerde im Zusammenhang stehende Revisionsantrag, es sei Art. 15 der Verfassung als gleichwertig zu erklären mit Art. 13 und Art. 43, soweit er auf der gleichen Begründung beruht, zu verwerfen.

6. Dieser Antrag, der übrigens im Rekursverfahren nicht gestellt worden ist, kann aber auch nicht gutgeheißen werden, soweit derselbe auf einer selbständigen materiellen Begründung beruht. Dem Inhalt dieser Begründung nach können diesbezüglich als Revisionsgründe überhaupt nur in Betracht fallen die Bestimmungen in Ziff. 1, litt. c und in Ziff. 2 des Art. 192 des Gesetzes vom 22. November 1850. Welches nun aber die erheblichen aktenkundigen Thatsachen sein sollen, die gar nicht oder irrtümlich gewürdigt worden sind, wird nicht gesagt und ebenso wenig wird

behauptet, daß die Rekurrenten neue Beweismittel entdeckt hätten, deren Beibringung ihnen im frühern Verfahren unmöglich gewesen wäre. Soweit sich die daherigen Anbringen der Rekurrenten nicht in Wiederholungen von schon früher Gesagtem bewegen, wird im Gegenteil nichts geltend gemacht, was nicht auch im frühern Verfahren hätte vorgebracht werden können, und zwar gilt dies sowohl von den Anbringen über die Entstehungsgeschichte des Art. 15, als von denjenigen über dessen Tragweite mit Bezug auf das bisherige nidwaldensche Gültenrecht und das zeitliche Geltungsgebiet des neuen Verfassungsartikels. Die rechtlichen Ausführungen der Rekurrenten aber, die im Grunde stets darauf hinauslaufen, daß dem neuen Art. 15 der Verfassung rechtliche Wirksamkeit nicht beizulegen sei, da er mit Art. 13 und 43 der Verfassung im Widerspruch stehe, sind nicht geeignet, einen andern Entscheid über die Hauptfrage zu rechtfertigen, zumal da sie durchwegs auf einer unrichtigen Auffassung darüber beruhen, was überhaupt das Bundesgericht als Staatsgerichtshof mit Bezug auf den neuen Verfassungsartikel zu prüfen hatte. In der That erschöpfte sich dessen Aufgabe in der Feststellung, daß der neue Verfassungsartikel nicht selbst als verfassungswidrig bezeichnet werden könne, und daß er sich mit gleicher Rechtskraft neben den übrigen Verfassungsbestimmungen in das Verfassungsrecht des Kantons Nidwalden einreihe, während darüber, ob und inwiefern durch den neuen Artikel die bestehenden Verfassungsbestimmungen beschränkt werden, und welche privatrechtlichen Wirkungen derselbe ausübe, nicht zu entscheiden war.

7. Soweit sich das Revisionsbegehren auf die in Dispositiv 1 enthaltene Abweisung des Rekurses vom 29. Juni 1896 bezieht, erscheint dasselbe ebenso haltlos. In Frage kommen können hier wiederum bloß die Revisionsgründe in Ziff. 1, litt. c und Ziff. 2 des Art. 192 des mehrerwähnten Gesetzes. Nun sind aber vom Bundesgericht die gegen die Verfassungsmäßigkeit des Einführungsgesetzes seiner Zeit erhobenen Einwände sämtlich geprüft worden, und daß dabei Rechtsirrtümer vorgekommen wären, haben die Rekurrenten nicht nachzuweisen vermocht. Was sie sodann neues vorbringen, ist einerseits nicht neues Material im Sinne der angeführten Ziff. 2 des Art. 192, und andrerseits ist alles,

was geltend gemacht wird, betreffend das Zustandekommen des Einführungsgesetzes und betreffend das Fehlen einer Klausel, wonach entgegenstehende Bestimmungen aufgehoben werden, durchaus unerheblich für die Frage, welche das Bundesgericht bei Beurteilung des Rekurses vom 29. Januar 1896 zu beantworten hatte, die Frage nämlich, ob durch dasselbe verfassungsmäßige Rechte der Bürger verletzt worden seien. Für die Antwort auf diese Frage sind auch die angerufenen Beweismittel ohne Bedeutung, und was eine Expertise über die eingelegten Akten daran sollte ändern können, ist vollends nicht abzusehen. Wenn schließlich die Rekurrenten dem Bundesgericht daraus einen Vorwurf machen wollen, daß die Motive im Urteil Jann und Konsorten nicht vollständig gleich lauten, wie in dem über ihren Rekurs ausgefällten, so ist hiegegen zu bemerken, daß sie diese Motive doch nicht berühren, wie sie denn auch sonst stets mit Nachdruck betont haben, daß ihr Vorgehen von demjenigen von Jann und Konsorten wohl zu unterscheiden sei.

8. Der Angriff auf Dispositiv 2 des Urteils vom 5. November 1896 ist in der Revisionsschrift nicht näher begründet, und es handelt sich daher wohl bloß um eine Rechtsverwahrung, der im Revisionsurteil Aufnahme zu gewähren kein Grund vorliegt, zumal da, wie dies auch schon im angefochtenen Urteile vom 5. November 1896 deutlich ausgesprochen wurde, dem Bundesgerichte als Staatsgerichtshof die Kompetenz abgeht, über die civilrechtlichen Schadenersatzansprüche, die die Rekurrenten zu haben vermeinen, zu erkennen.

9. Die sogenannten Erläuterungs- und Berichtigungsbegehren endlich können, soweit sie sich auf Eingaben der Rekurrenten selbst beziehen, von vorneherein nicht berücksichtigt werden, da sich das in Art. 197 des Gesetzes vom 22. November 1850 vorgesehene Verfahren nur auf die Erläuterung von Urteilen bezieht. Der einzige Fehler sodann, der im angefochtenen Urteile selbst enthalten ist, besteht darin, daß einmal als Datum der Landsgemeinde, an der der neue Art. 15 der Verfassung angenommen wurde, der 12. statt der 13. Oktober genannt wird. Wenn nämlich weiter behauptet wird, nach der Urteilsausfertigung müsse man annehmen, dasselbe rühre von der I. Abteilung her, so ist dies völlig

aus der Luft gegriffen. Der wirklich vorhandene Fehler aber eignet sich in keiner Weise zu einem Berichtigungs- oder Erläuterungsverfahren vor dem erkennenden Gericht selbst. Solche, den Sinn und die Tragweite nicht im geringsten beeinträchtigende oder auch nur entstellende, offenbar auf einem bloßen Verschrieb beruhende Irrtümer sind einfach durch die mit der Ausfertigung des Urteils betraute Kanzlei zu berichtigen, und an sie mögen sich daher Rekurrenten in diesem Punkte wenden.

10. Da das Revisionsverfahren, wie es begründet wurde, einen Erfolg von vorneherein nicht haben konnte, und da die Einleitung desselben offenbar auch dazu dienen sollte, den Anschein zu erwecken, daß die Angelegenheit, soweit verfassungsrechtliche Fragen zu entscheiden waren, durch das Urteil vom 5. November 1896 noch nicht endgültig erledigt sei; da ferner die Art und Weise, wie die Rekurrenten verfahren sind, zeigt, daß bei ihnen jedenfalls auch trölerische Tendenzen obwalteten, so rechtfertigt sich nicht nur die Auferlegung einer — mit Rücksicht auf den Umfang und die Verworrenheit der Eingaben — hoch zu bemessenden Gerichtsgebühr und einer außerrechtlichen Entschädigung an die Gegenpartei, sondern auch die Verfällung zu einer Ordnungsbuße. Übrigens mag beigefügt werden, daß die Rechtskraft des neuen Art. 15 der Nidwaldner Verfassung und des Einführungsgesetzes dazu niemals suspendiert war, indem die Erhebung des staatsrechtlichen Rekurses eine solche Wirkung nicht auszuüben vermochte, und eine provisorische Sistierungsverfügung im Sinne des Art. 185 O.-G. niemals erlassen worden ist. Ebenso wenig hatte die Einreichung des Revisionsbegehrens zur Folge, daß die Rechtskraft des Urteils vom 5. November 1896 suspendiert worden wäre, und ist auch in dieser Richtung etwas anderes durch besondern Erlaß nicht verfügt worden.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

1. Soweit die Rekurrenten Revision des bundesgerichtlichen Urteils vom 29. Januar 1896 verlangen, wird auf das Begehren nicht eingetreten.

2. Im Übrigen, d. h. soweit sich die Revisionsanträge auf das

bundesgerichtliche Urteil vom 5. November 1896 beziehen, werden dieselben als unbegründet abgewiesen.

3. Desgleichen werden die Rekurrenten mit ihren Berichtigungs- und Erläuterungsbegehren abgewiesen.

4. Denselben wird gestützt auf Art. 221, Abs. 2 O.-G. eine Gerichtsgebühr von 100 Fr. auferlegt. Ferner haben sie gemäß Art. 221, Abs. 3 O.-G. für die Schreibgebühren und Kanzleiauslagen, betragend 47 Fr. 50 Cts., aufzukommen. Außerdem haben sie an die Gegenpartei, den Verfassungsrat des Kantons Nidwalden, eine außerrechtliche Entschädigung von 30 Fr. zu leisten (Art. 224 O.-G.).

III. Persönliche Handlungsfähigkeit.

Capacité civile.

84. Urteil vom 19. Mai 1897 in Sachen Rolli.

A. Durch Gesuch vom 15. März 1897 verlangten die nächsten Verwandten des Gottlieb Rolli von und in Oberbalm, geb. 1876, daß über letztern wegen Verschwendung die Bevogtung verhängt werde. Die zuständige Vormundschaftsbehörde von Oberbalm stimmte diesem Antrage zu, und durch Verfügung vom 16. März verhängte der Regierungsstatthalter von Bern unter Berufung auf Art. 5, Ziff. 1 des Bundesgesetzes betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit und Satz. 213 des bernisch. Civilgesetzbuches gegen Rolli die Bevogtung. In formeller Beziehung stützte sich die Verfügung offenbar auf Satz. 217 des bernischen Civilgesetzbuches, die lautet: „Pflichtet die Vormundschaftsbehörde dem ihr . . . . mitgeteilten Antrage der Verwandten, oder pflichten diese dem ihnen mitgeteilten Antrage der Vormundschaftsbehörde bei, so soll der Regierungsstatthalter der Person, die es betrifft, sogleich einen Vogt verordnen."

B. Gegen die Bevogtungsverfügung hat namens des Gottlieb Rolli Fürsprech Hänni in Bern rechtzeitig den staatsrechtlichen

Rekurs an das Bundesgericht ergriffen. In erster Linie wird geltend gemacht, das Vorhandensein eines Bevogtungsgrundes sei bloß behauptet, nicht aber, wie es Art. 5 des Bundesgesetzes über die persönliche Handlungsfähigkeit vorsehe, aktenmäßig festgestellt. Und sodann wird ausgeführt, das eingeschlagene Verfahren enthalte eine Rechtsverweigerung, da Rekurrent ohne nähere Untersuchung und ohne daß man ihn über den Bevogtungsantrag einvernommen habe, unter Vormundschaft gestellt worden sei. Dieses Verfahren genüge allerdings den Vorschriften des bernischen Civilgesetzbuches. Allein es sei augenscheinlich, daß das kantonale Recht da weichen müsse, wo ein durch bundesrechtliche Normen geschütztes Individualrecht dadurch verkümmert werde. Der Antrag geht auf Aufhebung der Bevogtungsverfügung vom 16. März.

C. Das Regierungsstatthalteramt Bern trägt in einer Vernehmlassung vom 8. Mai 1897 auf Abweisung des Rekurses an. Zunächst wird ausgeführt, daß ja wohl die thatsächlichen Voraussetzungen zur Bevogtung wegen Verschwendung gegenüber Gottlieb Rolli vorhanden gewesen seien: Nicht nur habe Rekurrent innert weniger als 1 ½ Jahren sein kleines Vermögen um mehr als 2000 Fr. zurückgebracht, sondern er habe bis zur Stunde noch keine anhaltende und entsprechende Beschäftigung gesucht, was bei seinem Alter und seiner Konstitution leicht möglich gewesen wäre. In Bezug auf den zweiten Rekursgrund sodann wird geltend gemacht: Daß Rekurrent über das Bevogtungsbegehren nicht einvernommen worden sei, habe seinen Grund darin, daß Gefahr im Verzuge gewesen und das Mittel einer provisorischen Verfügung den Behörden nicht zur Verfügung gestanden sei. Die Vormundschaftsbehörde von Oberbalm hatte sich in einer Antwort vom 1. Mai 1897 in ähnlichem Sinne ausgesprochen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der erste Beschwerdegrund des Rekurrenten ist nicht stichhaltig. Nach den thatsächlichen Feststellungen der kantonalen Behörden, die das Bundesgericht ohne anderes anzunehmen hat, kann kein Zweifel sein, daß die Bevogtungsverfügung materiell mit Bundesrecht nicht in Widerspruch steht. Denn es beruht keineswegs auf einer rechtsirrtümlichen Auffassung über den Begriff der Verschwendung im Sinne der Ziff. 1 des Art. 5 des Bundes-

gesetzes über die persönliche Handlungsfähigkeit, noch auf einer willkürlichen Subjunktion des Thatbestandes unter diesen Begriff, wenn das Regierungsstatthalteramt Bern die Voraussetzungen zur Bevogtung wegen Verschwendung als vorhanden angenommen hat.

2. Dagegen muß der Rekurs aus dem zweiten, formellen Gesichtspunkte der Rechtsverweigerung, bezw. der Verweigerung des rechtlichen Gehörs geschützt werden. Zwar entspricht das beobachtete Verfahren den Vorschriften des bernischen Civilgesetzbuches. Allein, wie im Rekurse richtig bemerkt ist, vermögen auch kantonale Gesetze vor bundesrechtlich garantierten Individualrechten nicht standzuhalten. Zu letztern gehört aber das Recht, in einem Verfahren, in dem es sich um Entzug der persönlichen Handlungsfähigkeit, also eines Stückes der persönlichen Freiheit handelt, zuvor einvernommen zu werden. Es ist dies ein so allgemein anerkannter und so wichtiger Grundsatz jedes Prozeßverfahrens, daß er, auch wenn er nicht ausdrücklich in das Verfassungsrecht Aufnahme gefunden hat, doch als Bestandteil des allgemeinen verfassungsmäßigen Prinzips der Gleichheit der Bürger vor dem Gesetze, das überhaupt den Schutz der Bürger vor behördlicher Willkür in sich schließt, betrachtet werden muß (s. Amtl. Samml. der bundesger. Entsch., Bd. XXI, S. 329). Mit diesem Grundsatz ist ein Verfahren, wie es in Satz. 217 des bern. Civilgesetzbuches vorgesehen ist, nicht in Einklang zu bringen; vielmehr hat der zu Bevogtende, soweit dies überhaupt thunlich ist, ein verfassungsmäßiges Recht darauf, über einen Bevogtungsantrag, mag derselbe immerhin von den aufsichtsberechtigten Verwandten und der Vormundschaftsbehörde gemeinsam gestellt sein, gehört zu werden. Die Unhaltbarkeit des in Satz. 217 des bern. Civilgesetzbuchs sanktionierten Systems ergiebt sich übrigens auch daraus, daß dabei, wie in der Rekursschrift richtig bemerkt ist, der Schutz, den Art. 5 des Bundesgesetzes über die persönliche Handlungsfähigkeit gewährt, allzu leicht ein völlig illusorischer werden kann. Ist aber die Bevogtungsverfügung unter Mißachtung eines verfassungsmäßigen Rechts des Rekurrenten zu stande gekommen, so muß sie aufgehoben werden. Daran kann der Umstand nichts ändern, daß Gefahr im Verzuge sein mochte. Denn die Dringlichkeit der Sache vermag eine Beiseitesetzung der Kautelen, auf deren Beobachtung

der zu Bevogtende einen verfassungsmäßigen Anspruch hat, nicht zu rechtfertigen. Überdies ist nicht abzusehen, wieso nicht durch eine provisorische Verfügung — wie sie, allerdings nicht gerade für diesen Fall, in Satz. 218 des bern. Civilgesetzbuchs vorgesehen ist — jener Gefahr hätte begegnet werden können. Die Kompetenz dazu kann dem Regierungsstatthalter, als der zunächst zur Beschlußfassung über einen Bevogtungsantrag berufenen Behörde, jedenfalls nicht abgesprochen werden.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird begründet erklärt und die angefochtene Verfügung des Regierungsstatthalteramts Bern aufgehoben.

IV. Civilrechtliche Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter.

Rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour.

85. *Arrêt du 23 juin 1897 dans la cause Crevoisier.*

A. Ch. Vallotton-Pétignat, originaire de Vallorbes (Vaud), était jadis aubergiste et marchand de vin à Delémont. Le 25 août 1885, il fut déclaré en faillite par le tribunal de commerce de Delémont. Dès lors il est venu s'établir à Bienne et sa femme a obtenu une patente pour l'exploitation d'une brasserie dans cette localité.

Le 24 août 1896, A. Crevoisier, marchand de bois à Vigneules, a ouvert des poursuites contre le mari Vallotton pour être payé d'une somme de 400 fr. avec intérêts et frais. Le 16 décembre, une saisie mobilière fut pratiquée au domicile du débiteur. Ce dernier déclara à cette occasion qu'il ne possédait pas de biens saisissables et que tout ce qui existait chez lui était la propriété de sa femme. Vu cette déclaration,

l'office des poursuites de Bienne assigna un délai de dix jours au créancier pour ouvrir action à dame Vallotton-Pétignat. Crevoisier ouvrit effectivement action par citation du 9/10 février 1897 pour faire prononcer :

Que dame Vallotton née Pétignat et son mari sont tenus de reconnaître que les objets saisis le 16 décembre 1896 par l'office des poursuites de Bienne, pour parvenir au payement d'une somme de 400 fr. avec intérêts et frais due par Ch. Vallotton à A. Crevoisier, sont la propriété du débiteur Vallotton et que les époux Vallotton doivent en faire délivrance, afin qu'ils soient réalisés par l'office des poursuites de Bienne pour payer la créance de Crevoisier, le tout avec suite de dépens.

Les défendeurs conclurent au rejet de la demande avec suite de dépens.

A l'audience du 30 mars 1897, le président du tribunal de Bienne écarta la demande comme mal fondée et condamna le demandeur aux dépens. Ce jugement fut motivé oralement et communiqué oralement aussi aux parties. Le protocole des audiences des 23 février, 2 et 30 mars 1897, dans lesquelles la cause fut instruite et jugée, mentionne uniquement les conclusions des parties et le dispositif du jugement.

B. Le 22 mai 1897, E. Crevoisier a adressé au Tribunal fédéral un recours de droit public dans lequel il conclut, en se basant sur la loi fédérale du 25 juin 1891 (art. 19, al. 2), à ce que le jugement du 30 mars 1897 soit annulé et la cause renvoyée devant le juge compétent pour être jugée à nouveau.

A l'appui de cette conclusion le recourant fait valoir en substance ce qui suit :

Il s'agit d'une contestation au sujet de l'application de la loi fédérale sur les rapports de droit civil des citoyens établis et en séjour du 25 juin 1891. Le jugement attaqué viole l'art. 19 de cette loi et il n'est pas susceptible d'un recours à une autorité cantonale supérieure. A l'époque où Ch. Vallotton a fait faillite à Delémont, la faillite n'avait pas pour effet, d'après la législation commerciale alors en vigueur dans le Jura bernois, de produire la séparation de biens entre le

failli et sa femme. La séparation de biens ne pouvait être prononcée que par jugement sur la demande de la femme. Dans le cas particulier, aucun jugement de séparation de biens n'a été rendu entre les époux Vallotton-Pétignat. Aussi longtemps que ceux-ci ont demeuré dans le Jura bernois, ils n'ont pas été séparés de biens. Depuis qu'ils ont transféré leur domicile dans l'ancien canton de Berne, le mari Vallotton n'a pas été déclaré en faillite. Il n'a pas non plus été délivré contre lui d'acte de défaut de biens. Or d'après le droit matrimonial bernois (ancien canton), le mari est propriétaire de toute la fortune des époux. Il n'y a d'exception que dans les cas de séparation de biens prévus par la loi (art. 83 de la loi bernoise pour la mise en vigueur de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite et art. 106 et 107 C. civ. bernois). Aucun de ces cas ne se présente en ce qui concerne les époux Vallotton-Pétignat. Le mari Vallotton est par conséquent propriétaire de la totalité de la fortune des époux. En décidant autrement et en écartant la demande du recourant, le jugement dont est recours a violé l'art. 19, al. 2 de la loi sur les rapports de droit civil. Ce jugement a été motivé comme suit : Aussi longtemps que les époux Vallotton-Pétignat ont demeuré dans le Jura bernois, la faillite prononcée contre le mari à Delémont en 1885 n'a pas produit entre eux la séparation de biens. Mais lorsqu'ils ont quitté Delémont pour venir s'établir à Bienne, la séparation de biens s'est produite entre eux *ipso jure* par suite de la faillite du mari. La femme a pu dès lors acquérir des biens sans que ceux-ci tombent dans la propriété du mari. La règle impérative du droit matrimonial de l'ancien canton de Berne, contenue à l'art. 88 du Cc., ne peut donc plus lui être appliquée. Ces motifs impliquent, d'après le recourant, une violation de l'art. 19 de la loi fédérale précitée.

En second lieu, A. Crevoisier fonde son recours sur l'art. 50 de la constitution bernoise, du 4 juin 1893, qui dispose que tous les jugements et arrêts doivent être motivés. Par jugement, dit-il, il faut entendre l'écrit qui renferme le texte d'un prononcé du juge. Le prononcé verbal n'est pas un jugement. Il ne le devient que lorsque les paroles du juge ont été

mises par écrit et approuvées par lui et par le greffier. Le jugement est un acte formel. Or celui rendu par le président du tribunal de Bienne entre le recourant et les époux Vallotton-Pétignat ne renferme, au protocole comme dans l'expédition remise au recourant, aucun énoncé de motifs. Il viole par conséquent l'art. 50 de la constitution, dont la disposition est générale et ne prévoit aucune exception.

C. Dans leur réponse au recours, les époux Vallotton-Pétignat reconnaissent que les faits, tels qu'ils sont exposés par le recourant, sont exacts. Ils ajoutent seulement que depuis leur établissement à Bienne ils se sont toujours considérés et ont été considérés comme séparés de biens. Sa femme a obtenu une patente d'auberge, acheté une maison, des meubles, des marchandises, procédé en justice, le tout sous son propre nom. Il n'est pas douteux d'après l'art. 19 de la loi fédérale sur les rapports de droit civil qu'ils soient soumis, quant à leur régime matrimonial, à la loi de l'ancien canton de Berne. Toute la question est de savoir si cette loi attribue à la faillite du mari prononcée hors des limites de l'ancien canton les mêmes effets (séparation de biens) qu'à la discussion de biens (Geltstag) et, depuis 1892, à la faillite et à la saisie infructueuse survenues dans le dit canton. Or cette question ne touche pas au droit privé intercantonal, elle est purement de droit cantonal et doit être résolue en application du droit de l'ancien canton de Berne en matière de régime matrimonial. Il ne s'agit donc pas d'une contestation relative à l'application de l'art. 19 de la loi sur les rapports de droit civil et dont le Tribunal fédéral puisse connaître en vertu de l'art. 38 de la dite loi. Le recours est donc mal fondé au point de vue de l'art. 19 de la loi sur les rapports de droit civil. Il l'est également au regard de l'art. 50 de la constitution bernoise. En effet, le jugement attaqué a été, conformément à la procédure bernoise, rendu, communiqué aux parties, et motivé oralement. Le juge s'est ainsi conformé à la constitution. Celle-ci ne prescrit pas que les jugements doivent être motivés par écrit. Au contraire l'al. 1er de l'art. 50 pose le principe des débats oraux pour l'instruction des affaires qui se traitent devant les tribunaux. En conséquence les époux

Vallotton-Pétignat concluent à ce que le Tribunal fédéral se déclare incompétent et subsidiairement écarte le recours comme mal fondé.

D. Dans sa réponse, le président du tribunal de Bienne reconnaît aussi l'exactitude des faits exposés par le recourant avec les compléments indiqués dans la réponse des époux Vallotton. Il expose, en résumé, comme suit les motifs de son jugement :

C'est le droit matrimonial de l'ancien canton de Berne qui doit faire règle conformément aux art. 6 et 19, al. 2 de la loi fédérale sur les rapports de droit civil. Or le Code civil bernois en vigueur à Bienne ne connaît que deux régimes matrimoniaux, celui de l'unité de biens (art. 88) et celui de la séparation de biens (art. 106), et la question se pose de savoir lequel de ces deux régimes est applicable aux époux Vallotton-Pétignat. Le Code ne résout pas cette question. Lorsque des époux mariés hors de l'ancien canton viennent s'y établir, l'art. 88 est évidemment applicable si le mari n'a pas fait faillite antérieurement. Lorsqu'il a fait faillite, en revanche, comme c'est le cas dans l'espèce, la question se pose de savoir si cette circonstance doit avoir les mêmes effets que si elle s'était produite dans le canton. Les motifs ci-après militent en faveur de l'affirmative. La discussion de biens (Geltstag) n'est pas une particularité du droit de l'ancien canton de Berne et la *ratio legis* de l'art. 106 Cc. existe aussi lorsque la faillite a eu lieu hors de l'ancien canton. Dans le cas particulier il y a en outre lieu de considérer que le droit matrimonial de l'ancien canton de Berne est impératif. Mais lorsque la loi est muette, lorsqu'elle ne tranche pas un point spécial, comme c'est le cas en l'espèce, il faut tenir compte de la volonté individuelle. Les époux Vallotton se sont prononcés pour le régime de l'art. 106 et comportés en conséquence pendant huit ans. Cette manière de faire a été reconnue par les tiers et par les autorités.

Il résulte de ces motifs qu'il ne peut être question d'une violation de la loi fédérale du 25 juin 1891. La cause du rejet de la demande de Crevoisier ne gît pas dans la méconnaissance de cette loi, mais dans le fait qu'il a été fait application

de l'art. 106 et non pas de l'art. 88 du Cc. de l'ancien canton de Berne. C'est là une question de droit cantonal pour l'appréciation de laquelle le Tribunal fédéral n'est évidemment pas compétent. En tant que le recours se base sur l'art. 50 de la constitution bernoise, il est également mal fondé. Le recourant reconnaît que le jugement attaqué a été motivé oralement. Or cela suffit au regard de l'art. 50 de la constitution, attendu que cet article ne prescrit pas que les motifs soient formulés par écrit. En conséquence, le président du tribunal de Bienne conclut à la non entrée en matière sur le recours en tant que basé sur la loi du 25 juin 1891 sur les rapports de droit civil, et à son rejet en tant que basé sur l'art. 50 de la constitution bernoise.

Fondé sur ces faits et considérant en droit:

1. — Le recourant allègue en première ligne que le jugement attaqué viole l'art. 19, al. 2 de la loi fédérale sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour et il fonde la compétence du Tribunal fédéral sur l'art. 38 de la dite loi qui dispose que ce tribunal connaîtra, en la forme fixée pour les recours de droit public, de toutes les contestations auxquelles donnera lieu l'application de cette loi.

Il s'agit donc d'examiner si la cause soumise à la décision du président du tribunal de Bienne soulevait une contestation relative à l'application de la loi fédérale précitée. La question litigieuse consistait à savoir quel était le régime matrimonial applicable vis-à-vis des tiers aux époux Vallotton-Pétignat par suite du transfert de leur domicile de Delémont à Bienne et par suite, en outre, de la circonstance que le mari avait fait faillite à Delémont avant ce transfert de domicile.

Or les deux parties ont soutenu le point de vue et le président du tribunal de Bienne a admis que les dits époux sont soumis à la loi matrimoniale du lieu de leur domicile actuel, soit de l'ancien canton de Berne. Il n'existe donc, après comme avant le jugement dont est recours, aucune contestation relative à l'application de l'art. 19, deuxième alinéa, de la loi sur les rapports de droit civil, lequel prescrit précisément que dans leurs rapports avec les tiers, les époux sont soumis à la législation du lieu de leur domicile. Quant à la

contestation qui existe réellement entre parties touchant le point de savoir quelle influence doit exercer, au point de vue de l'application du droit matrimonial de l'ancien canton de Berne, le fait que le mari Vallotton a été déclaré en faillite à Delémont, elle relève manifestement du droit bernois lui-même et ne touche en rien à l'application de l'art. 19 de la loi sur les rapports de droit civil. Le premier moyen du recours apparaît dès lors comme dénué de fondement.

2. — Il en est de même du second moyen, basé sur l'art. 50 de la constitution bernoise.

Tandis que le § 282 Cpc. bernois dispose, en ce qui concerne la procédure ordinaire, que les jugements doivent contenir entre autres les motifs de la décision et doivent être signés par le président et le greffier du tribunal, le § 304, *ibid.*, relatif aux procès dans la compétence du président du tribunal, comme c'était le cas de celui entre le recourant et les époux Vallotton, dispose simplement que le président du tribunal fait inscrire au protocole les conclusions, les faits à prouver, le résultat des preuves et le jugement. Cette dernière disposition a été interprétée dans la pratique en ce sens qu'elle n'exige pas l'insertion au protocole des motifs du jugement, mais seulement de son dispositif. Il n'appartient pas au Tribunal fédéral de critiquer cette pratique. Il suffit de constater qu'elle n'est pas contraire au texte de l'art. 50 de la constitution invoquée par le recourant. Cet article porte, il est vrai, que tous les jugements doivent être motivés, mais il n'exige pas que les motifs soient formulés par écrit. Or le recourant reconnaît que le jugement attaqué a été motivé oralement et dès lors l'article précité n'a pas été violé.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est écarté dans le sens des considérants qui précèdent.

Dritter Abschnitt. — Troisième section.

Kantonsverfassungen.

Constitutions cantonales.

Eingriffe in garantierte Rechte.

Atteintes portées à des droits garantis.

86. Urteil vom 9. Juni 1897 in Sachen Thoma.

A. Im Dezember 1895 suchte Fridolin Thoma beim Baudepartement des Kantons Baselstadt um die erforderliche Baubewilligung zur Erstellung zweier Häuser und einer Malerwerkstätte auf seinem an der Ecke der Isteinerstraße und des Mattwegs in Basel gelegenen Grundstücke, Parzelle Nr. 8392 nach. Das Baudepartement sowohl, als der Regierungsrat des Kantons Baselstadt traten auf das Gesuch nicht ein, weil das Grundstück vermutlich von der badischen Bahn für die Erweiterung ihres Bahnhofes werde in Anspruch genommen werden und weil eine Ergänzung des baslerischen Expropriationsgesetzes, die solche Verhältnisse zu regeln bestimmt sei, im Wurfe liege. Auf staatsrechtlichen Rekurs des Thoma hin lud jedoch das Bundesgericht mit Entscheid vom 18. September 1896 (Amtl. Samml., Bd. XXII, S. 718) den Regierungsrat des Kantons Baselstadt ein, das Baubewilligungsgesuch des Rekurrenten unverzüglich materiell zu behandeln.

B. Inzwischen hatte der Große Rat des Kantons Baselstadt

unterm 11. Juni 1896 die erwähnte Ergänzung des baslerischen Expropriationsgesetzes vom 15. Juni 1837 beschlossen und danach letzterm unter anderm als § 17 die Bestimmung eingefügt: „Der „Regierungsrat wird ermächtigt, in denjenigen Fällen, in welchen „für die Abtretung einer Liegenschaft zum allgemeinen Nutzen „die gesetzlichen Bestimmungen des Kantons oder des Bundes „über zwangsweise Abtretung von Liegenschaften zur Anwendung „kommen können, auch dann, wenn das Expropriationsrecht noch „nicht bewilligt ist, das Bauen oder die Vornahme von Ver„änderungen auf einer Liegenschaft zu verbieten, wenn dadurch „die vorgesehene Durchführung der betreffenden Unternehmung „wesentlich erschwert würde, ꝛc." In den §§ 18 und 19 werden die Dauer und die Art und Weise der Eintragung und Streichung des Bauverbotes im Grundbuch geregelt; und § 20 bestimmt: „Die Eigentümer von Liegenschaften, welchen die Aus„führung von Bauten oder die Vornahme von Veränderungen „verboten wird, sind berechtigt, Ersatz für denjenigen Schaden „zu verlangen, welcher ihnen durch das provisorische Bauverbot „erwächst. Die Bestimmungen des § 15 dieses Gesetzes betreffend „Haftbarkeit des Staates für Schadenersatz und Sicherung seines „Regresses finden analoge Anwendung. Streitigkeiten über die zu „entrichtende Entschädigung werden nach dem Verfahren in Ex„propriationssachen erledigt." Der Ergänzungsbeschluß erlangte nach Ablauf der Referendumsfrist mit dem 29. Juli 1896 Gesetzeskraft. Gestützt auf die §§ 17—20 desselben wurde nun durch Beschluß des Regierungsrates vom 3. Oktober 1896 die Liegenschaft des Fridolin Thoma Parzelle Nr. 8392 auf die Dauer eines Jahres mit Bauverbot belegt. Und unterm 25. Februar 1897 wies der Große Rat des Kantons Baselstadt eine gegen die regierungsrätliche Verfügung gerichtete Beschwerde desselben als unbegründet ab.

C. Dieser Beschluß und das Bauverbot vom 3. Oktober 1896 bilden den Gegenstand eines neuen staatsrechtlichen Rekurses, den Namens des Fridolin Thoma Advokat Dr. Stöcklin in Basel unterm 24. April 1897 dem Bundesgerichte eingereicht hat und der darauf geht, es seien die beiden Schlußnahmen aufzuheben. Die Begründung ist eine zweifache: Der Ergänzungsbeschluß

vom 11. Juni 1896, wird zunächst geltend gemacht, habe schon deshalb nicht als Grundlage des Bauverbotes dienen können, weil für den Entscheid über das Baubewilligungsgesuch einzig die rechtlichen Vorschriften maßgebend sein können, die gegolten haben zur Zeit, da dasselbe eingereicht wurde, und weil dem Beschlusse rückwirkende Kraft nicht beigelegt worden sei. Ferner wird ausgeführt, es greife der Beschluß vom 11. Juni 1896 in das Gebiet der Bundesgesetzgebung hinüber, indem derselbe auch da, wo die zukünftige Expropriation nach dem Bundesgesetze vom 1. Mai 1850 vor sich gehen müsse, den Erlaß eines Bauverbotes vorsehe und damit dieses Gesetz ergänze. Dies stehe dem kantonalen Gesetzgeber nicht zu, und wo es sich deshalb um ein Grundstück handle, auf das möglicherweise die eidgenössischen Expropriationsvorschriften zur Anwendung kommen werden, könne ein Bauverbot nach dem Beschluß vom 11. Juni 1896 nicht erlassen werden.

D. Der Regierungsrat des Kantons Baselstadt trägt in seiner Vernehmlassung vom 26. Mai 1897 auf Abweisung des Rekurses an. Den ersten Beschwerdegrund betreffend bemerkt er, daß ein Gesetz öffentlich-rechtlichen Charakters, wenn nichts anderes darin bestimmt sei, als sofort anwendbar angesehen werden müsse und daß deshalb der Regierungsrat, ohne den Grundsatz zu verletzen, daß Gesetze keine rückwirkende Kraft haben, vorliegend das Bauverbot habe erlassen können. In Bezug auf den zweiten Punkt wird zugegeben, daß das Bauverbot mit Rücksicht auf die spätere Inanspruchnahme der Liegenschaft Thoma für die Erweiterung des Bahnhofes der Badischen Bahn erlassen worden sei. Hiezu sei aber der Regierungsrat befugt gewesen. § 17 des Ergänzungsbeschlusses greife in keiner Weise in das eidgenössische Expropriationsgesetz ein. Das Expropriationsverfahren werde nach den Vorschriften des letztern stattfinden, gleichgültig, ob vorher ein kantonales Bauverbot bestanden habe oder nicht und gleichgültig, ob dem Rekurrenten auf Grund des Ergänzungsbeschlusses eine Entschädigung für das Verbot zugesprochen worden sei; es handle sich um zwei vollständig getrennte Fragen und es sei nicht abzusehen, warum ein Kanton einem Unternehmen, welches das eidgenössische Recht der Expropriation für die von ihm beschlossenen Landerwerbungen ansprechen kann, nicht schon vorher Schutz gewähren dürfte gegenüber den Vor-

kehren von Eigentümern, welche die zweckmäßige Gestaltung dieses Unternehmens hemmen könnten.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Das Bauverbot ist gegen den Rekurrenten erlassen worden, weil möglicherweise seine Liegenschaft für die Erweiterung des Bahnhofes der Badischen Bahn in Anspruch genommen werden wird. Unbestrittenermaßen wird hiebei das Bundesgesetz betreffend die Verbindlichkeit zur Abtretuug von Privatrechten, vom 1. Mai 1850, zur Anwendung zu kommen haben. Dieses sieht nun eine Beschränkung, wie sie durch das Bauverbot der Liegenschaft des Rekurrenten auferlegt worden ist, nicht vor, und auch formell ist darnach nicht der Regierungsrat des betreffenden Kantons dazu berufen, provisorische Maßnahmen im Interesse einer zukünftigen Expropriation zu treffen. Sondern es ist nach Art. 23 leg. cit. der Eigentümer eines in Abtretung fallenden Grundstückes, und zwar von Gesetzes wegen, in der Verfügung darüber erst gehindert vom Tage der öffentlichen Bekanntmachung des Bauplanes, oder bei dem außerordentlichen Verfahren vom Tage der Mitteilung der Abtretungsforderungen an, während vor diesem Zeitpunkte nur eine Verpflichtung des Eigentümers besteht, unter Umständen auf seinem Grundstücke Vermessungen, Aussteckungen u. s. w. zu dulden (Art. 8). Vom Gesichtspunkte des eidgenössischen Expropriationsrechtes aus enthält danach das Bauverbot einen ungerechtfertigten, willkürlichen Eingriff in die Eigentumsrechte des Rekurrenten, der mit dem auch in der Verfassung des Kantons Baselstadt (§ 5) aufgestellten Grundsatz der Unverletzlichkeit des Eigentums in Widerspruch steht und deshalb aufgehoben werden muß, sofern dasselbe nicht vom Gesichtspunkte der kantonalen Gesetzgebung aus aufrecht erhalten werden kann. In der That nun ist in dem Großratsbeschluß betreffend Ergänzung des kantonalen Expropriationsgesetzes die Verhängung von Bauverboten über Liegenschaften, die möglicherweise auf dem Expropriationswege beansprucht werden, auch für olche Fälle vorgesehen, in denen die gesetzlichen Bestimmungen des Bundes über zwangsweise Abtretung von Liegenschaften zur Anwendung kommen können. Letztere Ausdehnung, die in den Vorschlägen des Regierungsrates und der großrätlichen Kommission noch nicht enthalten war, kann nun aber nicht als verbindlich

angesehen werden, weil darin ein Übergriff der kantonalen gesetzgebenden Gewalt in diejenige des eidgenössischen Gesetzgebers liegt. Der Großratsbeschluß vom 11. Juni 1896 bezweckte nach seinem Titel und Ingreß eine Ergänzung des baselstädtischen Gesetzes vom 15. Juni 1837 über Abtretung von Liegenschaften zu allgemeinem Nutzen, wie dessen Bestimmungen auch äußerlich durch die Art der Paragraphierung in letzteres eingefügt wurden. Der Beschluß bildet somit einen Bestandteil des kantonalen Expropriationsrechtes. So ist speziell auch die Möglichkeit des Erlasses eines Bauverbotes lediglich in Aussicht genommen worden im Interesse der leichtern und billigern Durchführung eines künftigen Enteignungsverfahrens und beruhte nicht etwa auf allgemein rechtspolitischen oder baupolizeilichen Erwägungen. Eine solche Maßnahme aber konnte nur anwendbar erklärt werden auf Fälle, die überhaupt dem kantonalen Expropriationsrechte unterstanden, und wenn der Große Rat von Baselstadt darüber hinausgegangen ist und ein Bauverbot auch für solche Fälle als zulässig erklärt hat, wo es sich um Zwangsenteignung nach eidgenössischem Recht handelt, so hat er damit in ein Gebiet eingegriffen, in dem zu legiferieren nicht ihm, sondern dem Bundesgesetzgeber zusteht. Dieser stellt die Voraussetzungen auf, unter denen Grund und Boden Privater für Eisenbahnbauten zwangsweise enteignet werden können; er ordnet das Verfahren und regelt die Entschädigungspflicht; und ihm steht es auch einzig zu, zu bestimmen, welchen Beschränkungen das Eigentum im Hinblick auf eine mögliche zukünftige eidgenössische Expropriation unterliegt. Für das kantonale Recht bleibt in diesen vom Bunde geordneten Materien kein Raum und es können durch dasselbe weitergehende vorsorgliche Eigentumsbeschränkungen auf diesem Gebiete nicht angeordnet werden. Daß dies nicht angeht, wird durch die praktische Erwägung erhärtet, daß sonst bei Erlaß eines Bauverbotes die Entschädigung für die Beschränkung des Eigentums in einem andern Verfahren bestimmt werden müßte, als diejenige für die eigentliche Expropriation. Es kann somit auch durch die Verweisung auf den großrätlichen Beschluß vom 11. Juni 1896 das gegen den Rekurrenten erlassene Bauverbot nicht aufrecht erhalten werden.

2. Ist aber aus diesem Grunde schon der Rekurs gutzuheißen, so braucht der andere Beschwerdepunkt betreffend Verletzung der

Normen über das zeitliche Geltungsgebiet der Gesetze nicht näher geprüft zu werden.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird im Sinne der Erwägungen begründet erklärt und demgemäß das gegen den Rekurrenten am 3. Oktober 1896 erlassene Bauverbot aufgehoben.

---

87. Urteil vom 30. Juni 1897 in Sachen Huber.

A. Am 21. Juni 1896 hat die Kirchgemeinde Klingnau den Gottfried Huber, von Boswyl in Sarmenstorf zum dortigen Kaplaneiverweser gewählt. Dieser Wahl versagte die aargauische Erziehungsdirektion laut Verfügung vom 24. Juli 1896 die Genehmigung, weil Huber an die fragliche Stelle nach den bestehenden Vorschriften nicht habe gewählt werden können. Derselbe besitze die aargauische Maturität nicht und könne daher den Acceß zu den theologischen Prüfungen vorderhand nicht erhalten; er habe sich ferner über das Studium der Theologie nur mangelhaft ausgewiesen; endlich gehe aus den Akten hervor, daß Huber zwei Semester an der theologischen Fakultät zu Innsbruck, an der Jesuiten als Professoren wirkten, Vorlesungen gehört habe, er falle also unter das sog. Jesuitengesetz vom 18. Dezember 1845 (Beschluß des Großen Rates vom 27. Mai 1896) und könne deshalb zu keinen staatlichen Prüfungen zugelassen werden. Eine gegen diese Verfügung beim Regierungsrat des Kantons Aargau erhobene Beschwerde wurde unterm 24. August 1896 unter Hervorhebung des letzten von der Erziehungsdirektion angeführten Grundes abgewiesen.

B. Gegen diesen Beschluß hat Gottfried Huber vor Ablauf von 60 Tagen den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrag, es sei derselbe aufzuheben und der Regierungsrat des Kantons Aargau anzuweisen, die unterm 21. Juni 1896 erfolgte Wahl des Rekurrenten zum Kaplaneiverweser von Klingnau zu genehmigen. Unter Berufung auf ein Zeugnis des Regierungsrats des Kantons Luzern und des Bischofs von Basel

und Lugano, vom Oktober 1896, daß er die gesetzlichen Prüfungen zur Erlangung der Kompetenzfähigkeit auf geistliche Pfründen bestanden habe, behauptet Rekurrent, darin liege ein Befähigungsausweis für die Ausübung seines Berufs, der gemäß Art. 5 der Übergangsbestimmungen zur Bundesverfassung im ganzen Gebiete der Eidgenossenschaft anerkannt werden müsse. Er brauche danach eine aargauische Staatsprüfung überhaupt nicht mehr zu bestehen, und auf die Erfordernisse, die hiefür aufgestellt seien, komme es nicht an. Es gehe auch nicht an, zu behaupten, Rekurrent sei zur Ausübung seines Berufes allerdings auch im Kanton Aargau befähigt, aber er sei nach dem aargauischen Gesetze von 18. Dezember 1845 und dem Großratsbeschluß vom 27. Mai 1896 nicht wahlfähig. Denn das erwähnte Gesetz habe durch die Bundesverfassung seine Rechtskraft verloren; dasselbe widerstreite dem Grundsatz der Rechtsgleichheit, indem es die Jesuitenzöglinge im Gegensatz zu allen andern Studierenden von den Prüfungen ausschließe. Überdies treffe das fragliche Gesetz, was dann des nähern ausgeführt wird, sachlich nicht zu, und durch den Großratsbeschluß vom 27. Mai 1896 habe dessen Anwendungsgebiet nicht ausgedehnt werden können, weil dem Großen Rat nicht Gesetzgebungsbefugnis zustehe. Jedenfalls habe demselben nicht rückwirkende Kraft auf frühere Verhältnisse — Rekurrent habe in den Jahren 1891—1894 in Innsbruck Vorlesungen gehört — beigelegt werden können.

C. Der Regierungsrat des Kantons Aargau trägt in einer Vernehmlassung vom 28. Dezember 1896 auf Abweisung des Rekurses an, indem er namentlich geltend macht: Nach Mitgabe des Art. 67 der aarg. Staatsverfassung seien die von den Kirchgemeinden gewählten Seelsorger als öffentliche Beamte zu betrachten. Auch die Stelle eines Kaplaneiverwesers von Klingnau sei ein öffentliches Amt im Sinne der erwähnten Verfassungsbestimmung. Nun sei die Wahl dieser Beamten an eine bestimmte Voraussetzung, die Wahlfähigkeit, gebunden, welche nur durch eine staatliche Prüfung erlangt werden könne. Das Recht der Kantone, die Erfordernisse für die Wahlfähigkeit hinsichtlich der kantonalen öffentlichen Ämter aufzustellen, sei aber Sache der Kantone, und vorliegend stünden die Gründe, aus denen dem Rekurrenten die Wahlfähigkeit abgesprochen wurde, weder mit Art. 4 B.-V., noch

mit Art. 5 der Übergangsbestimmungen dazu im Widerspruch. In den ausführlichen Erörterungen hierüber wird insbesondere hervorgehoben, daß § 1 des Gesetzes vom 18. Dezember 1845 mit dem verfassungsmäßigen Grundsatz der Gleichheit der Bürger vor dem Gesetz, wie er in der Praxis ausgelegt worden sei (vergl. Amtl. Samml. der bundesger. Entsch., Bd. VI, S. 173 f.), wohl vereinbar sei, da die Stellung eines Seelsorgers in einer Gemeinde eine derartig eigenartige und von derjenigen irgend eines Bürgers oder auch eines andern Beamten derart sich unterscheidende sei, daß auch eine besondere rechtliche Behandlung gerechtfertigt sei; und ferner wird bemerkt, der Umstand, daß die Behörden in einigen Fällen das erwähnte Gesetz in etwas milderm Sinne ausgelegt hätten, könne eine strengere Handhabung nicht verhindern, zumal nachdem der Große Rat in seinem Beschluß vom 27. Mai 1896 unzweideutig eine solche verlangt habe. Durch diesen Beschluß sei der Große Rat über seine Kompetenzen nicht hinausgegangen, und auch davon könne keine Rede sein, daß der Regierungsrat durch Berufung auf denselben sich einer Verletzung des Grundsatzes der Nichtrückwirkung der Gesetze schuldig gemacht habe. Auf Art. 5 der Übergangsbestimmungen zur Bundesverfassung sodann könne sich Rekurrent deshalb nicht berufen, weil er, wenn auch sein Beruf zu den wissenschaftlichen Berufsarten gehöre, doch, sofern er denselben in öffentlicher Stellung ausüben wolle, die vom kantonalen Rechte hiefür aufgestellten Erfordernisse erfüllen müsse.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Das Bundesgericht ist zweifellos kompetent, die Beschwerde des Rekurrenten gegen die regierungsrätliche Schlußnahme vom 21. August 1896 insoweit zu prüfen, als behauptet wird, daß durch letztere Art. 5 der Übergangsbestimmungen zur Bundesverfassung verletzt sei. Denn das Recht der Freizügigkeit der wissenschaftlichen Berufsarten, das nach dieser Verfassungsbestimmung dem Inhaber eines kantonalen oder von einer Konkordatsbehörde ausgehenden Befähigungsausweises gewährleistet ist, steht, wie in dem Entscheid in Sachen Curti vom 3. Dezember 1896 näher ausgeführt worden ist, unter dem Schutz der genannten Behörde.

2. Diese Beschwerde geht nun aber fehl und ist sachlich zu verwerfen deshalb, weil es sich vorliegend nicht um die Ausübung

einer wissenschaftlichen Berufsart im Sinne der fraglichen Verfassungsbestimmung handelt. Es ist ohne anders klar, daß durch dieselbe lediglich für die freie Ausübung der wissenschaftlichen Berufsarten in gewissem Sinne Freizügigkeit im ganzen Gebiete der Eidgenossenschaft geschaffen werden wollte, und daß sich die verfassungsmäßige Garantie nicht auch auf die Befähigung zur Bekleidung staatlicher Stellen erstreckt. In den öffentlich-rechtlichen Behörden- und Beamtenorganismus der Kantone wollte die Bundesgewalt damit nicht eingreifen, sondern es blieb jenen überlassen, nach ihrem Ermessen diejenigen Erfordernisse aufzustellen, von denen sie die Fähigkeit zur Verwaltung eines öffentlichen Amtes abhängig zu machen für zweckmäßig halten mochten (vergl. hiezu die Entscheide des Bundesrates in Sachen Wildy, Salis, Bundesrecht, II, Nr. 717, und des Bundesgerichts in Sachen Brunner, vom 5. Mai 1897). So kann denn auch vom Standpunkte des Art. 5 der Übergangsbestimmungen zur Bundesverfassung aus dagegen nichts eingewendet werden, daß ein Kanton, wenn er als Erfordernis für die Wahlfähigkeit zu einer öffentlichen Stelle die Ablegung einer wissenschaftlichen Prüfung verlangt, hierunter nur seine eigene staatliche Prüfung versteht und diejenige, die der Bewerber in einem andern Kantone vielleicht über die nämlichen wissenschaftlichen Disziplinen abgelegt haben mag, nicht gelten läßt. Als öffentliches Amt in diesem Sinne ist nun nach aargauischem Verfassungsrecht auch die Stelle eines von der Kirchgemeinde zu wählenden Kaplaneiverwesers zu betrachten. Nach dem unter dem Titel Kirchenwesen enthaltenen Art. 67 der Kantonsverfassung sind die Kirchgemeinden öffentliche Korporationen, und in der nämlichen Bestimmung ist vorgeschrieben, daß die Seelsorger von denselben aus den vom Staate als wahlfähig erklärten Geistlichen auf eine vom Gesetze bestimmte Amtsdauer gewählt werden. Man hat es also unzweifelhaft mit einer durch das Staatskirchenrecht geordneten öffentlichen Beamtung zu thun. Sonach kann aber davon, daß durch die Nichtgenehmigung der Wahl seitens des Regierungsrates Art. 5 der Übergangsbestimmungen zur Bundesverfassung verletzt worden sei, nicht gesprochen werden.

3. Steht aber nicht die Freizügigkeit der wissenschaftlichen Berufsarten in Frage, sondern vielmehr die Fähigkeit zur Bekleidung eines öffentlichen Amtes, so ist dann für die gegen den angeboch-

tenen regierungsrätlichen Beschluß erhobene Beschwerde nicht das Bundesgericht, sondern der Bundesrat, eventuell die Bundesversammlung kompetent. Während unter der Herrschaft des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 27. Juni 1874 darüber Zweifel bestehen mochten, ob den politischen Behörden nicht bloß die Beschwerden betreffend die aktive Wahlfähigkeit und über das Wahlverfahren zugewiesen seien, während solche über die passive Wahlfähigkeit unter die Regel, d. h. in die Kompetenz des Bundesgerichts gefallen wären, ist seit Inkrafttreten des neuen Organisationsgesetzes vom 22. März 1893 ein Zweifel nicht mehr möglich. Denn es geschah gewiß mit Absicht, daß die fragliche Bestimmung in Art. 59, Abs. 2, Ziff. 8 des frühern Gesetzes, wonach als Administrativstreitigkeiten bezeichnet waren die „Beschwerden gegen die Gültigkeit kantonaler Wahlen und Abstimmungen," im neuen Gesetze (Art. 189, Abs. 4) die allgemeinere Fassung erhielt: „Ferner hat der Bundesrat oder die Bundesversammlung zu beurteilen: Beschwerden betreffend die politische Stimmberechtigung der Bürger und betreffend kantonale Wahlen und Abstimmungen . . . . . ", und es kann der Zweck dieser veränderten Redaktion nur darin erblickt werden, die Möglichkeit eines zweifachen Beschwerdeweges in der nämlichen Wahlangelegenheit auszuschließen und sämtliche daherige Anstände, somit auch solche über die passive Wählbarkeit, den politischen Behörden zuzuweisen. Es handelt sich dabei ja ebenfalls um eine Beschwerde betreffend eine kantonale Wahl. Und wenn die passive Wahlfähigkeit neben der aktiven, der politischen Stimmberechtigung, nicht besonders erwähnt ist, so findet das seine einfache Erklärung darin, daß eben die meisten Wahlbeschwerden die letztere zum Gegenstand hatten und auch in Zukunft haben werden. Mit dieser Auffassung hat sich übrigens auch der Bundesrat, dem das Bundesgericht gemäß Art. 194, Organis.-Ges., die Kompetenzfrage unterbreitet hat, einverstanden erklärt, und sich dabei namentlich auch auf die Botschaft zum neuen Organisationsgesetz (Bundesbl. 1892, II, S. 387—390) berufen.

4. Die Kompetenz zur Beurteilung der entscheidenden Frage, ob Rekurrent für die Stelle eines Kaplaneiverwesers von Klingnau wahlfähig gewesen sei, zieht auch diejenige zur Beurteilung der zu lösenden Präjudizialfrage nach sich. Maßgebend für die

Zuständigkeit ist in derartigen Streitigkeiten einzig das Petitum, das vorliegend darauf geht, daß der Rekurrent als wahlfähig zu erklären und der Beschluß des Regierungsrats, der ihm diese Wahlfähigkeit abspricht, aufzuheben sei, und der Umstand, daß dabei Fragen entschieden werden müssen, die sonst in der Regel in eine andere Kompetenzsphäre fallen, ändert hieran nichts. Dies ergiebt sich klar aus der positiven Bestimmung des Art. 189, Abs. 4, Organis.-Ges., wo ausdrücklich gesagt ist, der Bundesrat, bezw. die Bundesversammlung, entscheide über solche Beschwerden „auf Grundlage sämtlicher einschlägigen Bestimmungen des kantonalen Verfassungsrechts und des Bundesrechts." Es wurde damit ausgeschlossen, daß je nach dem Anfechtungsgrunde über die nämliche Angelegenheit verschiedene Behörden zu entscheiden hätten; und die politischen Behörden bleiben zur Beurteilung einer Wahlbeschwerde überhaupt kompetent, mögen immerhin darin auch solche Normen des Bundesrechts oder des kantonalen Verfassungsrechts als verletzt bezeichnet werden, die im allgemeinen und an sich unter dem Schutze des Bundesgerichts stehen. So hat denn auch nicht das Bundesgericht, sondern gegebenen Falls der Bundesrat oder die Bundesversammlung zu prüfen und zu entscheiden, ob das Gesetz vom 18. Dezember 1845 und der Großratsbeschluß vom 27. Mai 1896, auf die sich die angefochtene Verfügung des aargauischen Regierungsrates stützt, mit dem Grundsatz der Gleichheit der Bürger vor dem Gesetze sich nicht vertragen, oder ob der Regierungsrat durch Anwendung dieser Erlasse in anderer Weise gegen Bundesrecht oder kantonales Verfassungsrecht verstoßen habe (vgl. hierzu Amtl. Samml. der bundesger. Entsch., Bd. XXII, S. 373 und Bundesbl. von 1897, I, S. 394 f.)

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

1. Soweit sich der Rekurs auf Verletzung des Art. 5 der Übergangsbestimmungen zur Bundesverfassung stützt, wird derselbe abgewiesen.

2. Im übrigen wird auf den Rekurs wegen Inkompetenz nicht i ngetreten.

Vierter Abschnitt. — Quatrième section.

Staatsverträge der Schweiz mit dem Ausland.

Traités de la Suisse avec l'étranger.

Niederlassungs- und Konsularvertrag mit Italien.

Convention d'établissement et consulaire avec l'Italie.

Vertrag vom 22. Juli 1868. — Traité du 22 juillet 1868.

88. Urteil vom 9. Juni 1897 in Sachen Bassi.

A. Am 5. April 1896 starb in Stansstad der aus Gottro-Porlezza (Italien) gebürtige Steinbrecher Giovanni Bassi, unter Hinterlassung einer Ehefrau Anna Maria, geb. Flüeler und einer Tochter erster Ehe, die mit Anton Blättler in Hergiswyl verehelicht ist. Laut einem am 28. September 1895 in Porlezza errichteten notarialischen Testamente hatte Giovanni Bassi für seine gesamte Verlassenschaft, mit Ausnahme des der Tochter gesetzlich vorbehaltenen Pflichtteils, seine Ehefrau als Universalerbin (erede universale) eingesetzt. Dieses Testament wollten die Tochter Frau Blättler-Bassi, bezw. der ihr bestellte Vogt und die Vormundschaftsbehörde von Hergiswyl nicht anerkennen, und nach fruchtlos abgelaufenem Vermittlungsvorstand erhob letztere gegen Witwe Bassi-Flüeler unterm 8. Januar 1897 vor dem Kantonsgericht Nidwalden eine Civilklage mit den Begehren: „1. Das von der

„Beklagten vorgelegte Testament sei gerichtlich ungültig zu er„klären; 2. Beklagte sei pflichtig, an die Klägerin, Frau M. „Blättler-Bassi aus der Hinterlassenschaft des Joh. Bassi sel. „einen Betrag von 8000 Fr. zu verabfolgen, wogegen Beklagte „als Eigentümerin des gesamten von ihrem Ehemanne hinter„lassenen Guthabens anerkannt wird. Eventuell: Beklagte habe „einen gerichtlich festzusetzenden Betrag an die Klägerin zu ver„abfolgen. Vorbehalten bleibt eine nach zuständigem Gesetz all„fällig der Beklagten zukommende Nutznießung, wofür ein ent„sprechender Betrag kapitalisiert und bei einer Amtsstelle depo„niert werden soll. 3. Die Beklagte habe sämtliche gerichtlichen „und außergerichtlichen Kosten zu bezahlen." Die Klage beruhte darauf, daß Frau Blättler-Bassi nach italienischem und nidwaldenschem Rechte die einzige Erbin des Giovanni Bassi, und daß das Testament des letztern nach Nidwaldner Recht ungültig sei, und übrigens in formeller Beziehung auch nicht den bezüglichen Vorschriften des italienischen Rechtes entspreche. Die Beklagte antwortete nicht einläßlich dahin, es haben sich die Gerichte des Kantons Nidwalden in Sachen als nicht kompetent zu erklären. Es handle sich um einen Streit um die Erbberechtigung am Nachlasse eines in der Schweiz verstorbenen Italieners. Gemäß Niederlassungs- und Konsularvertrag zwischen der Eidgenossenschaft und dem Königreich Italien vom 22. Juli 1868 Art. 17 Abs. 3 gehöre aber eine derartige Streitigkeit vor den Richter des letzten Wohnortes, den der Erblasser in Italien gehabt habe. Die Gerichte von Nidwalden seien daher zur Beurteilung der vorliegenden Klage nicht kompetent. Durch Entscheid vom 11. März 1897 verwarf das Kantonsgericht Nidwalden die Inkompetenzeinrede der Beklagten, unter Annahme folgender Gründe: Der angerufene Art. 17 des schweizerisch-italienischen Staatsvertrages habe einzig Streitigkeiten zwischen Erben eines in der Schweiz verstorbenen Italieners im Auge; ein solcher Fall sei nicht gegeben, da die Tochter des Erblassers einzige Intestaterbin desselben und die Erbqualität der Witwe Bassi nicht ausgewiesen sei. Ferner sei auch die Frage über die Gültigkeit eines Testamentes nicht erbrechtlicher Natur und daher der citierte Artikel des Niederlassungsvertrages wieder nicht zutreffend.

B. Gegen diesen Entscheid hat Namens der Witwe Bassi-Flüeler Fürsprech Lussi in Stans rechtzeitig den Rekurs an das Bundesgericht ergriffen. Es handle sich um einen Streit über die Erbfolge in den Nachlaß eines in der Schweiz verstorbenen Italieners, der von einer Testamentserbin und einer gesetzlichen Erbin angesprochen werde. Ein solcher Streit gehöre aber nach Mitgabe des mehrerwähnten Staatsvertrages vor die Gerichte des letzten Wohnortes des Erblassers in Italien und sei auch materiell nach italienischem Rechte zu beurteilen; und die einfache Bestreitung der Gültigkeit eines Testamentes könne nicht eine Verschiebung des Gerichtsstandes bewirken. Demgemäß wird, unter Berufung auf Art. 175 Lemma 1 Ziff. 3 O.-G., Aufhebung des angefochtenen kantonsgerichtlichen Urteils beantragt.

C. Namens der Vormundschaftsbehörde von Hergiswyl schließt Fürsprech V. Blättler daselbst in einer Antwort vom 24. Mai 1897 auf Abweisung des Rekurses. Im Wesentlichen wird zur Begründung dieses Antrages angebracht, der schweizerisch-italienische Staatsvertrag weise nur Streitigkeiten zwischen Erben dem heimatlichen Richter zu; Witwe Bassi-Flüeler begründe ihre Erbansprüche einzig auf ein, auch formell bestrittenes unhaltbares Testament; sie sei somit nicht Erbin, sondern Legatarin und der Streit nicht ein solcher zwischen Erben, sondern ein solcher zwischen der einzigen Erbin und einer Legatarin. Hätte auch für Streitigkeiten letzterer Art der heimatliche Richter für zuständig erklärt werden wollen, so hätte dies im Staatsvertrag ausdrücklich gesagt werden sollen, wie dies dann in dem kurz nach dem schweizerisch-italienischen abgeschlossenen schweizerisch-französischen Staatsvertrag (Art. 5) geschehen sei. Auch das Bundesgericht mache diesen Unterschied, wofür auf den Fall Rave (Amtl. Samml., Bd. XIV, S. 595) verwiesen wird. Rekurrentin habe übrigens sowohl in der nichteinläßlichen Antwort, als in der Rekursschrift die Klage zum Teil anerkannt, indem sie sich der Herausgabe eines Pflichtteils an Frau Blättler-Bassi nicht widersetze. Damit habe sie sich aber materiell auf die Sache eingelassen. Ferner falle in Betracht, daß das Testament formell und materiell als ungültig bestritten werde, daß es sich nur nach Nidwaldner Recht beurteilen könne, ob dasselbe formell gültig sei, indem nach

Art. 3 Lemma 2 des Staatsvertrages die in der Schweiz niedergelassenen Italiener in dieser Richtung den eigenen Landesangehörigen gleichgestellt seien, und daß hierüber nur die Nidwaldner Gerichte urteilen könnten.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Rekursbeklagtschaft scheint daraus, daß die Rekurrentin in ihrer uneinläßlichen Antwort und in der Beschwerdeschrift an das Bundesgericht das Pflichtteilsrecht der Frau Blättler-Bassi anerkennt, folgern zu wollen, daß sich dieselbe vor den Nidwaldner Gerichten auf die Sache materiell eingelassen habe. Es ist jedoch klar, daß sich diese Anerkennung bloß auf das materielle Rechtsverhältnis, und nicht auch auf die prozessualische Frage des Gerichtsstandes bezieht, hinsichtlich deren die Rekurrentin gleich in ihrer ersten Prozeßvorkehr den Standpunkt eingenommen hat, daß die Gerichte von Nidwalden nicht kompetent seien.

2. Sie beruft sich hiefür auf Art. 17 Abs. 3 des schweizerisch-italienischen Niederlassungs- und Konsularvertrages vom 22. Juli 1868, der lautet: „Die Streitigkeiten, welche zwischen den Erben „eines in der Schweiz verstorbenen Italieners hinsichtlich seines „Nachlasses entstehen könnten, sollen vor den Richter des letzten „Wohnortes, den der Italiener in Italien hatte, gebracht werden." Vorliegend nun sind zweifellos die subjektiven Voraussetzungen dieser Bestimmung vorhanden: Es handelt sich um den Nachlaß eines in der Schweiz verstorbenen Italieners. Dagegen wird bestritten, daß man es objektiv mit einer Streitigkeit zwischen den Erben desselben zu thun habe, und zwar deshalb, weil unter letzteren nur die vom Gesetze zu Erben berufenen zu verstehen seien, nicht aber auch die Legatare, und daß für Streitigkeiten zwischen eigentlichen Erben und Legataren Art. 17 Abs. 3 des Staatsvertrages nicht zutreffe. Nun tritt aber die Rekurrentin nicht als Legatarin, als Singularsuccessorin ihres verstorbenen Ehemannes auf; sie erhebt gestützt auf das Testament desselben nicht nur auf einzelne zur Verlassenschaft gehörende Vermögensstücke, sondern auf den ganzen Nachlaß Anspruch, mit Ausnahme des Pflichtteils der Frau Blättler-Bassi; sie behauptet also eigentliche Erbin, Universalsuccessorin des Giovanni Bassi zu sein. Es liegt somit in der That ein Streit zwischen zwei Erbprätendenten

vor, die gestützt auf verschiedene Delationsgründe die Erbschaft für sich beanspruchen, und es fällt schon deshalb der Einwand der Rekursbeklagtschaft, der darauf beruht, daß Rekurrentin als Legatarin die Erbschaft beanspruche, dahin, ganz abgesehen davon ob rechtlich die Unterscheidung zwischen Streitigkeiten unter Erben und Streitigkeiten zwischen Erben einerseits, Legataren anderseits, haltbar wäre. Auch kann nicht etwa gesagt werden, daß Rekurrentin bloß einen Delationsgrund vorgeschoben habe, um im Genusse des Nachlasses zu bleiben, den sie unrechtmäßiger Weise in Besitz genommen hätte, und um so ihrem natürlichen Gerichtsstand denjenigen des Staatsvertrages für erbrechtliche Streitigkeitigkeiten zu substituieren. Das Testament, auf das sie sich beruft, ist vorgelegt worden, und es wird dasselbe von der Rekursbeklagtschaft nicht etwa deshalb angefochten, weil man es mit einem fingierten Aktenstücke zu thun habe.

3. Die Rekursbetlagtschaft glaubt nun aber ferner, es genüge schon der Umstand, daß die formelle Gültigkeit des Testamentes bestritten werde, um den Art. 17 al. 3 des Staatsvertrages als nicht anwendbar erscheinen zu lassen, weil hierüber nur die Nidwaldner Gerichte urteilen könnten. Sie verweist diesbezüglich zunächst auf Art. 3 Abs. 2 des nämlichen Vertrages. Allein diese Verweisung ist völlig unverständlich, da in der angeführten Bestimmung lediglich von den kontrahierenden Staaten gegenseitig der allgemeine Grundsatz der Freizügigkeit für ihre Angehörigen aufgestellt wird, während eine internationale Gerichtsstandsnorm darin nicht gefunden werden kann. Maßgebend ist somit auch für die Beantwortung dieser Einwendung lediglich Art. 17 Abs. 3 des Vertrages. Würde nun aber dieser in der Weise interpretiert, wie die Rekursbeklagtschaft meint, daß nämlich über die formelle Gültigkeit des Testamentes des Giovanni Bassi die nidwaldenschen Gerichte zu entscheiden hätten, so ergäbe sich hieraus schon die praktisch unhaltbare Konsequenz, daß über die materielle Gültigkeit eines Testaments, insbesondere also über die Frage der Testierungsbefugnis, ein anderes Gericht zu urteilen hätte, als über dessen formelle Rechtsbeständigkeit. Für eine solche Scheidung aber bietet der Text des Vertrages keinerlei Anhaltspunkte. Freilich spricht dieser nur von Streitigkeiten bezüglich des Nachlasses

eines in der Schweiz verstorbenen Italieners. Allein in einem weitern Sinne fallen hierunter auch Streitigkeiten über die formelle Gültigkeit eines Testamentes, da doch im Grunde auch hier der Nachlaß, bezw. ein Teil desselben, den Streitgegenstand bildet; und einer derartigen Interpretation stehen rechtliche Bedenken nicht entgegen, zumal da die Bestimmung eine Reproduktion der entsprechenden Vorschrift in Art. III des damals geltenden schweizerisch-französischen Staatsvertrages vom 18. Juli 1828 ist, die nie eine andere Auslegung erfahren und im neuen Vertrage vom 15. Juni 1869 lediglich eine etwas ausführlichere Fassung erhalten hat (vgl. die bundesrätlichen Botschaften zu den beiden Staatsverträgen, B.-B. von 1868, Bd. III, S. 440 unten und B.-B. von 1869, Bd. II, S. 490 unten; ferner Curti, Staatsvertrag zwischen der Schweiz und Frankreich, S. 82 ff.). Im Falle Rave, den die Rekursbeklagtschaft angeführt hat, stand eine ganz andere Frage zum Entscheide; auch implicite aber enthält derselbe nicht das, was daraus gelesen werden will, sondern im Gegenteil eine Bestätigung dessen, was eben ausgeführt worden ist.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Der Rekurs wird als begründet erklärt und demgemäß das angefochtene Erkenntnis des Kantonsgerichtes von Nidwalden vom 11. März 1897 aufgehoben.

B. STRAFRECHTSPFLEGE

ADMINISTRATION DE LA JUSTICE PÉNALE

I. Zollwesen. — Péages.

89. *Arrêt du 13 mai 1897, dans la cause Confédération suisse contre Piaget.*

En juin 1895 plusieurs personnes ont transporté pendant la nuit et par chemins non permis en matière de douane, depuis les Verrières de France aux Côtes rière les Verrières suisses, six paniers de vin mousseux français du poids de 305 kg.. rentrant dans la catégorie 459 du tarif douanier. Cette marchandise fut trouvée, à la suite d'une visite domiciliaire, dans la maison habitée par Jacob Gostely, cafetier aux Côtes. Le 23 juin, procès-verbal fut dressé, à raison de ces faits, contre le prédit Gostely et contre un sieur Armand Fatton, domicilié aux Cernets.

Par prononcé en date du 9 juillet 1895, le Département fédéral des douanes a infligé à Gostely et Fatton une amende de 3660 fr. chacun.

Les inculpés ne s'étant pas soumis à ce prononcé, furent déférés au Tribunal correctionnel du Val-de-Travers, qui les condamna chacun à 3660 fr. d'amende et solidairement aux frais liquidés à 58 fr. 45.

Gostely recourut contre ce jugement à la Cour de cassa-

tion pénale fédérale qui écarta ce recours par arrêt du 31 décembre 1895.

Par lettre du 26 avril 1896, Armand Fatton a informé le chef de section Longchamp, aux Verrières suisses, que les six paniers ont été transportés dans les nuits du 20 au 22 juin 1895 par lui-même, par un sieur Sthond, parti depuis pour l'Amérique, et par Ernest Piaget, cultivateur à la Vy Jeannet (Verrières); que les chargements avaient lieu chez Constant Depierre aux Verrières de Joux et par les soins du prénommé Piaget.

Procès-verbal de contravention fut dressé contre ce dernier en date du 13 mai 1896; le contrevenant Piaget, bien que dûment cité pour assister à cette opération, ne s'est pas présenté.

Par prononcé du 24 août suivant, le Département fédéral des douanes a infligé à Ernest Piaget une amende de 3660 fr., soit de quinze fois le droit fraudé, avec remise du quart si la soumission sans réserve intervenait dans le délai utile.

Piaget ne s'étant pas soumis à ce prononcé, le Département fédéral des douanes a décidé, en date du 8 septembre 1896, de le déférer au tribunal compétent, et le 10 du même mois, le Procureur général de la Confédération a intenté contre le dit Piaget une action pénale devant le Tribunal correctionnel du Val-de-Travers.

Par jugement du 14 janvier 1897, ce Tribunal a, par les motifs ci-après, libéré l'inculpé de la poursuite dirigée contre lui.

L'inculpé admet en fait que la contravention reprochée à E. Piaget a été commise dans les nuits des 21 au 22, et 22 au 23 juin 1895. Il est constant que cette contravention a été immédiatement découverte, l'agent Zurbuchen l'ayant constatée au moment où les contrevenants arrivaient avec la marchandise transportée en contrebande dans la maison Gostely. La prescription a commencé à courir à l'égard de Piaget le 23 juin 1895, date du procès-verbal. Cette prescription est de quatre mois aux termes du § *b* de l'art. 20 de la loi fédérale sur le mode de procéder à la poursuite des con-

traventions aux lois fiscales et de police de la Confédération du 30 juin 1849. Le procès-verbal dressé contre Piaget est daté du 13 mai 1896, en sorte qu'il s'est écoulé environ onze mois depuis le jour où la contravention a été commise et le rapport dressé par les agents. L'action judiciaire contre Ernest Piaget est prescrite, attendu qu'elle ne s'est ouverte que le 10 septembre 1896, par l'office du Procureur général de la Confédération au Président du tribunal du Val-de-Travers.

C'est contre ce jugement que le Procureur général de la Confédération a recouru à la Cour de cassation fédérale, concluant à ce qu'il lui plaise casser la dite sentence, et renvoyer la cause à un tribunal de même rang, pour nouveau jugement aux termes de l'art. 18, second alinéa de la loi fédérale du 30 juin 1849 précitée.

A l'appui de son recours, le Procureur général fait valoir en substance ce qui suit. :

Le procès-verbal a été dressé contre Piaget le 13 mai 1896, soit avant l'expiration du délai d'une année prévu à l'art. 20, lettre *a* de la loi fédérale susvisée. C'est le moment où le procès-verbal a été dressé qui constitue le point de départ de la procédure pénale, et c'est de ce moment que commence à courir un nouveau délai de prescription. Aux termes du même art. 20, lettre *b*, cette procédure, soit poursuite, se prescrit par quatre mois à dater du jour où le procès-verbal ou le rapport a été dressé, à moins que l'action judiciaire n'ait été intentée devant le juge compétent avant l'expiration de ce délai. Le prononcé de l'amende par le Département fédéral des douanes date dans l'espèce du 24 août 1896, et l'action judiciaire a été intentée par le Ministère public fédéral devant le tribunal compétent le 10 septembre suivant, par conséquent avant le délai utile. Si le tribunal, dans ces circonstances, a néanmoins libéré Piaget pour cause de prescription, il l'a fait en méconnaissant les dispositions expresses de l'art. 20 susmentionné. Le tribunal est parti de l'idée que la prescription commence à courir à partir de la date du premier procès-verbal. Or il est évident que ce procès-verbal, dans le sens du dit art. 20 lettre *b*, sup-

pose que les contrevenants y soient désignés, et qu'une poursuite pénale puisse être désignée contre eux; des inconnus ne peuvent pas être renvoyés devant le tribunal pour être punis par lui. Le procès-verbal du 24 juin 1895 ne fait aucune mention de Piaget, par le motif bien simple qu'à cette époque on ne savait pas qu'il avait participé à la contravention douanière et il est incontestable qu'il ne peut conclure de ce fait à l'impunité. Le procès-verbal n'ayant pas été dressé contre lui, aucun délai de prescription ne pouvait courir en sa faveur à partir de ce moment. Si le point de vue du Tribunal du Val-de-Travers était admis, il en résulterait que la prescription annale ne pourrait presque jamais trouver son application; en effet, dans tous les cas, à teneur de l'art. 2 de la loi précitée, il y a lieu de dresser procès-verbal, aussitôt qu'une contravention est constatée, et cela même lorsque l'auteur en est inconnu, et, suivant la thèse du tribunal, personne ne pourrait plus être poursuivi après l'expiration du terme de quatre mois, alors même que le contrevenant aurait été découvert pendant le délai de prescription d'une année, et que sa culpabilité pourrait être établie. Une pareille manière de voir est en contradiction avec les dispostions précises de l'art. 20 de la loi précitée.

Dans sa réponse, Piaget conclut à ce qu'il plaise à la Cour de cassation pénale fédérale:

1. — Ecarter, comme mal fondé, le recours du Procureur général de la Confédération.

2. — Mettre tous les frais et dépens à la charge de la Confédération recourante.

A l'appui de ces conclusions, l'opposant au recours invoque, en résumé, les considérations suivantes:

Le délai de prescription doit logiquement courir du jour de l'infraction, que celle-ci soit découverte ou non; c'est surtout vrai en matière de simples contraventions fiscales ou de police; la prescription de ces contraventions n'est interrompue par aucun acte d'instruction ou de poursuite. L'acte qui fait partir la prescription est le procès-verbal ou rapport dressé immédiatement après la découverte de la contraven-

tion, alors même que le contrevenant serait inconnu. Dans l'espèce, la contravention a été immédiatement découverte et procès-verbal en a été dressé le 23 juin 1895. Cette constatation entraîne l'application de l'art. 20, al. 2 de la loi; le délai de prescription a commencé à courir à dater du 23 juin 1895, il est expiré le 23 octobre 1895, aucune action judiciaire n'ayant été intentée contre Piaget dans l'intervalle. Le tribunal a donc fait une saine et juste application de la loi. Le point de départ de la prescription est bien le jour de la contravention, si elle n'est pas immédiatement découverte (lettre *a*), et le jour du procès-verbal ou rapport, si elle est immédiatement découverte (lettre *b*). La découverte postérieure d'un des contrevenants ne constitue absolument pas un nouveau point de départ pour une nouvelle prescription. Dès que l'autorité a constaté la contravention, c'est à elle à trouver le coupable assez tôt pour qu'elle puisse le traduire devant la justice dans les quatre mois, sinon la prescription est acquise à ce dernier.

Enfin, pour pouvoir se prononcer en faveur du recours, il ne suffirait pas d'admettre, contrairement aux faits et à la loi, la prescription *annale* à l'égard de Piaget, il faudrait encore faire violence à la loi sur un autre point, et prononcer que cette prescription annale a été interrompue par le second procès-verbal de mai 1896, et que ce procès-verbal tardif (puisqu'il a suivi de plus de quinze jours la dénonciation de Fatton) a fait courir un nouveau délai de prescription. Cette interruption par procès-verbal n'est nullement prévue par l'art. 20; la seule interruption admise est l'introduction de l'action judiciaire devant le juge compétent. A ce point de vue encore, Piaget est au bénéfice de la prescription.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1. — Le point de vue auquel s'est placé l'opposant au recours apparaît d'une manière générale comme fondé. L'art. 20 de la loi fédérale sur le mode de procéder à la poursuite des contraventions aux lois fiscales et de police de la Confédération, du 30 juin 1849, distingue en effet sous ses lettres *a* et *b* en ce qui concerne la prescription de la dite

poursuite, deux cas essentiellement différents, à savoir: *a*) l'éventualité dans laquelle la contravention n'a pas été immédiatement découverte, et où la prescription de la poursuite est acquise un an à dater du jour où l'infraction a été commise; *b*) le cas où la contravention a été découverte immédiatement; cette condition n'est pas, il est vrai, posée en termes exprès dans le texte de la loi, mais elle résulte, d'une part, du fait que le cas prévu sous lettre *b* se trouve opposé à celui qui fait l'objet de la disposition de la lettre *a*, et, d'autre part, de la circonstance que la prescription de quatre mois fixée par la lettre *b* commence à courir du jour où le procès-verbal ou le rapport qui en tient lieu a été dressé, ce qui n'est possible que lorsque la contravention a été découverte.

2. — Aux termes de l'art. 2, al. 3, de la même loi, le procès-verbal doit être dressé immédiatement après la constatation de l'infraction, alors même que le contrevenant est demeuré inconnu, et, en pareil cas, à teneur de l'art. 20 précité, lettre *b* la prescription de quatre mois court à dater du jour de la confection du dit procès-verbal; il s'ensuit nécessairement que ce n'est que pendant ce délai que le ou les auteurs de la contravention peuvent être utilement poursuivis. Cette conséquence s'impose d'autant plus que les législations de la plupart des autres pays prévoient, en pareil cas, une prescription de moins longue durée, de trois mois par exemple.

3. — La lettre *a* du même article 20 n'a trait qu'au cas où *l'infraction* n'a point été découverte, et fixe à une année, en pareille circonstance, la durée de la prescription de la poursuite; or il est évident que le juge n'est point autorisé à assimiler à ce cas, par voie d'interprétation, celui où, l'infraction ayant été découverte, *l'auteur* ou tous les auteurs de la contravention sont restés inconnus.

En tout cas l'interprétation admise par la décision dont est recours ne se heurte à aucune disposition positive de la loi.

4. — L'argument invoqué par le Ministère public de la

Confédération, et consistant à dire que le système admis par le tribunal neuchâtelois aurait pour conséquence d'empêcher dans presque tous les cas l'application de la prescription annale, n'est aucunement décisif. Il va de soi en effet que cette prescription ne doit et ne peut s'appliquer que dans les cas expressément prévus par la loi, c'est-à-dire lorsqu'un an s'est écoulé à partir du jour où la contravention a été commise, et que celle-ci n'a pas été immédiatement découverte ; quant à savoir si, en fait, cette situation se présente plus ou moins fréquemment, cela est absolument indifférent au point de vue juridique.

5. — La prescription de quatre mois de l'art. 20, lettre *b* étant ainsi acquise dans l'espèce, il est superflu de rechercher si, dans l'éventualité où la prescription applicable eût été celle d'une année prévue à l'art. *a ibidem*, elle aurait été interrompue ou non par le procès-verbal dressé le 13 mai 1896, et si la poursuite ne devrait pas être considérée comme prescrite même en application de cette dernière disposition de la loi.

6. — Aucune disposition légale ne prévoyant la mise à la charge de la Confédération d'un émolument de justice ou de dépens extra-judiciaires en cas de recours du Ministère public fédéral, il y a lieu d'en faire abstraction. Dans l'espèce, il se justifierait d'autant moins d'allouer des dépens à Piaget, que celui-ci a réellement participé à la contravention douanière dont il s'agit.

Par ces motifs,

La Cour de Cassation fédérale

prononce :

Le recours du Procureur général de la Confédération est écarté, et le jugement rendu le 14 janvier 1897 par le Tribunal correctionnel du Val-de-Travers libérant le sieur Ernest Piaget de la poursuite dirigée contre lui est maintenu.

II. Patenttaxen der Handelsreisenden.

Taxes de patente des voyageurs de commerce.

90. Urteil des Kassationshofes vom 13. Mai 1897 in Sachen Röthlisberger gegen Bern.

1. Mit Urteil der Polizeikammer des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern vom 6. März 1897 wurde der heutige Kassationskläger der zweimaligen Widerhandlung gegen das Bundesgesetz betreffend die Patenttaxen der Handelsreisenden schuldig erklärt und zu 300 Fr. Geldbuße nebst Kosten verurteilt. Das Dispositiv dieses Urteils wurde dem Verurteilten am 21. April 1897 durch Vermittlung des Gerichtspräsidenten von Thun zugestellt.

2. Mit Eingabe vom 30. April 1897 erklärte der Vertreter des Verurteilten gegen dieses Urteil die Kassationsbeschwerde an das Bundesgericht. Die in Art. 167 O.-G. vorgesehene Rechtsschrift datiert vom 11. Mai und ist beim Bundesgericht am 12. Mai 1897 eingegangen; das Postcouvert, das sie enthält, trägt den Abgangspoststempel: „12. V. 97. 1."

3. Der Kassationskläger beruft sich zunächst auf Art. 18 des Bundesgesetzes betreffend das Verfahren bei Übertretungen fiskalischer und polizeilicher Bundesgesetze. Allein dieser Artikel kann, wie das Bundesgericht mehrfach (s. Amtl. Samml., V, S. 43, Erw. 4; XVI, S. 283, Erw. 1) ausgesprochen hat, nur in den Fällen Anwendung finden, in denen das angefochtene Urteil nach dem citierten Bundesgesetze auszufällen war. Dies ist aber bei dem Bundesgesetze betreffend die Patenttaxen von Handlungsreisenden nicht der Fall; denn nach Art. 8, Abs. 4 dieses Gesetzes erfolgt die Beurteilung von Übertretungen desselben nach dem kantonalen Verfahren des Kantons, in dem das Delikt begangen worden ist. Die in Art. 18 des Bundesgesetzes betreffend das Verfahren bei Übertretungen fiskalischer und polizeilicher Bundesgesetze fixierte Frist greift also in casu nicht Platz.

4. Anzuwenden sind vielmehr die Art. 165 ff. O.-G., also was

die Frist zur Einreichung der Rechtsschrift betrifft, insbesondere Art. 167 eodem, wonach der Kassationskläger seine Anträge innerhalb 20 Tagen seit der Eröffnung des Urteils dem Kassationshofe schriftlich und mit Begründung einzureichen hat, andernfalls die Einlegung des Rechtsmittels wirkungslos ist. Diese zwanzigtägige Frist lief nun in concreto mit dem 11. Mai 1897 ab, um Mitternacht, und zwar mußte die Eingabe, da zu ihrer Beförderung die Post benutzt wurde, vor Ablauf der Frist der Post übergeben sein (Art. 41, Abs. 3 O.-G.). Frägt sich aber, ob dieser Vorschrift Genüge geleistet ist, so muß dies verneint werden. Denn das die Eingabe enthaltende Couvert enthält, wie bemerkt, den Abgangspoststempel vom 12. Mai, morgens 1 Uhr; nun kann aber bezüglich der Frage, ob eine Eingabe rechtzeitig der Post übergeben sei, einzig und allein der Poststempel maßgebend sein und einen rechtsgenügenden Beweis bilden, da im andern Falle — bei der Zulassung eines Beweises darüber, ob die Eingabe noch vor Mitternacht der Post übergeben worden, etwa durch Zeugen — der Rechtsunsicherheit Thür und Thor geöffnet wäre und von einer strikten Einhaltung der Fristen, die doch im Interesse eines geordneten Rechtsganges aufgestellt sind, kaum mehr die Rede sein könnte.

Auf die Kassationsbeschwerde ist demnach, weil die sie begründende Rechtsschrift, die einen integrierenden Bestandteil derselben bildet, verspätet eingereicht wurde, nicht einzutreten.

Demnach hat der Kassationshof

erkannt:

Auf die Kassationsbeschwerde wird, als verspätet, nicht eingetreten.

C. CIVILRECHTSPFLEGE

ADMINISTRATION DE LA JUSTICE CIVILE

I. Abtretung von Privatrechten. — Expropriation.

91. Urteil vom 10. Juni 1897 in Sachen Altorfer, Knopfli & Weber gegen Nordostbahngesellschaft.

A. Am 20. Juni 1896 hat die Instruktionskommission des Bundesgerichts folgenden Urteilsantrag erlassen:

1. Die Nordostbahn hat an die Expropriaten zu bezahlen:

A. Für die Grundstücke im mittleren Hard:

a. Für Nr. 26 per m² 6 Fr. 60 Cts.
Für Nr. 24, 25 und 27 per m² 5 Fr. 50 Cts.
Für Nr. 28—37 per m² 4 Fr. 40 Cts.

b. Für die abzutretenden Gebäude 60,000 Fr.

c. Für Minderwert des verbleibenden Teils von Ordn. Nr. 27 1 Fr. 50 Cts. per m².

B. Für die Liegenschaften in der Herdern und am Letzigraben:
Für die Ordn. Nr. 49 und 59 per m² 1 Fr. 45 Cts.
" " " 64—66, 68 und 72 per m² 1 Fr. 55 Cts.
" " " 77 und 78 per m² 1 Fr. 80 Cts.
" " " 83 und 86 per m² 2 Fr. 75 Cts.
" " " 80, 81 und 82 per m² 2 Fr. 20 Cts.
" " " 88 und 89 per m² 2 Fr. 45 Cts.
" abzutretende Bäume 400 Fr.

C. Für die Liegenschaften Ordn. Nr. 111 und 112 (Flurbuch 205 und 204) in der Stüblianwand per m² 14 Fr.

2. Im übrigen hat es bei den zwischen den Parteien getroffe-

nen Vereinbarungen sein Verbleiben und werden diese bei ihren Zugeständnissen behaftet. Die weitergehenden Begehren der Expropriaten sind abgewiesen, selbstverständlich mit Ausnahme derjenigen, deren Erledigung an den Civilrichter verwiesen ist (Art. 23).

3. Die auf Grund von Dispos. 1 oben zu bezahlenden Entschädigungsbeträge sind zu 5 % vom Tage der Inangriffnahme des Terrains, und, soweit diese erst nach dem Entscheid der Schätzungskommission stattgefunden hat, bezw. stattfindet, überdies für die Zwischenzeit zwischen dem Tage des Entscheides der Schätzungskommission und dem Tage der Inangriffnahme des Terrains zu 4 % zu verzinsen.

4. Die 210 Fr. betragenden Instruktionskosten werden aus dem Baarvorschuß der Bahngesellschaft berichtigt; es steht indes der letztern das Recht zu, einen Drittel mit 70 Fr. an der den Expropriaten zukommenden Entschädigung in Abzug zu bringen.

5. Die außergerichtlichen Kosten der Parteien werden gegenseitig wettgeschlagen.

6. Mitteilung.

B. Dieser Urteilsantrag ist zunächst von keiner Partei angenommen worden. In einer Eingabe vom 4. Juni 1897 stellten die Expropriaten folgende Anträge:

1. Der Prozeß sei zu sistiren, bis in den beim Bundesgericht pendenten Prozessen über Nachbarland, das teils ebenfalls laut Planauflage vom Januar 1894, teils laut Planauflage vom Januar 1895 in Expropriation gefallen sei, die Expertisen eingegangen sein werden.

2. Wenn dies nicht geschehe, so werde jetzt schon Aktenvervollständigung verlangt, und zwar:

a. Durch Ober- oder Ergänzungsexpertise über die Fragen, wie hoch das Land in der Herdern auf August 1895 und das übrige Expropriationsareal auf Anfang 1896 zu taxieren sei, als auf den Zeitpunkt der Übernahme, ob die Experten alle von den Expropriaten erwähnten Kaufsgeschäfte berücksichtigt, und ob sie die betreffenden Kaufpreise als fingiert angesehen haben, event. warum, ferner: auf welche Kaufverträge sich die Bemerkungen der Experten beziehen, daß im Fertigungsakt höhere Preise angesetzt seien, als wirklich vereinbart wurden, und endlich: warum dem Land in der Herdern die Bauplatzqualität abgesprochen worden sei.

b. Durch Abnahme des von den Expropriaten beantragten Zeugenbeweises dafür, daß die von ihnen angeführten Kaufverträge keine fingierten gewesen seien.

3. Gestützt auf das Resultat dieser Aktenvervollständigung verlangen die Expropriaten Erhöhung der in Dispos. 1 A a und in Dispos. 1 B und C zugesprochenen Landpreise auf die in der Rekursschrift geforderten Beträge.

4. Eventuell werde beantragt:

a. Erhöhung der Landentschädigung im mittlern Hard auf 6 Fr. 83 Cts. — 8 Fr. 33 Cts., d. h. auf den Preis, zu dem das Nachbarland am Mühleweg laut den Akten im Juli 1894 von Franceschetti an Hasler und von diesem an Zadra verkauft worden sei.

b. Erhöhung der Landentschädigung in der Herdern auf 3 Fr. 30 Cts. — 4 Fr. 75 Cts., d. h. auf den Preis, zu dem die Nachbargrundstücke Kat. Nr. 115, 118 und 124 a in der Herdern im September 1894 von der Vormundschaftsbehörde namens Geschwister Aberli an F. Schmid, und die Nachbargrundstücke Kat. Nr. 44, 46, 137 und 2272 daselbst im Mai 1894 von Hug und Kons. an Amsler verkauft worden seien.

c. Jedenfalls Erhöhung um mindestens 25 % über die in der Expertise angegebenen Werte pro Januar 1894 (anstatt um bloß circa 10 %).

In der heutigen Hauptverhandlung erneuerte der Anwalt der Expropriaten diese Anträge. Der Anwalt der Expropriantin protestierte gegen die Sistierung des Prozesses, und beantragte, den Urteilsantrag zum Urteil zu erheben. Für den Fall, als der Urteilsantrag nicht in seiner Gesamtheit bestätigt würde, beantragte er eine Ergänzung der Expertise in dem Sinne, daß die Expropriationsobjekte auf den Zeitpunkt der Augenscheinsverhandlung vor Schätzungskommission geschätzt werden.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. In seinen Entscheidungen in Sachen Baumann gegen N.-O.-B (Amtl. Samml. der bundesgerichtl. Entsch., Bd. XXII, S. 56, Erw. 4) und Mathys gegen N.-O.-B. hat das Bundesgericht ausgesprochen, daß für die Schätzung der dem Expropriaten gebührenden Entschädigung wegen der aus der Expropriation ihm erwachsenden Vermögensnachteile grundsätzlich die Wertverhältnisse

zur Zeit der Planauflage maßgebend seien, daß dagegen, sofern sich diese Verhältnisse seit der Planauflage für den Expropriaten günstiger gestaltet haben, auf den Zeitpunkt der Schätzung durch die Schätzungskommission dann abzustellen sei, wenn sich das Verfahren vor Schätzungskommission nicht (wie es die Intention des eidg. Expropriationsgesetzes erfordert) unmittelbar an die Planauflage, bezw. an die damit verbundene Eingabefrist angeschlossen hat, indem es in diesem Falle unbillig wäre, dem Expropriaten die in der Zwischenzeit eingetretene Werterhöhung nicht zu Gute kommen zu lassen. Als Zeitpunkt der Schätzung der Schätzungskommission ist aber derjenige zu verstehen, wo die Verhandlung vor der Schätzungskommission stattfindet. Denn bei dieser Verhandlung werden die definitiven Begehren von den Parteien gestellt und begründet und findet die Besichtigung der der Abschätzung unterliegenden Objekte statt (§ 16 des Reglements für die Schätzungskommissionen); in diesem Termine macht also die Schätzungskommission ihre Wahrnehmungen, welche für die Fällung ihres Entscheides maßgebend sind. Auf diesen Zeitpunkt ist auch im vorliegenden Falle, da zwischen der Planauflage und der Einleitung des Schätzungsverfahrens geraume Zeit verflossen ist, grundsätzlich abzustellen. Nun beruht allerdings der Instruktionsantrag auf einer Wertung der Expropriationsobjekte aus einer spätern Zeit, nämlich derjenigen, auf welche der Entscheid der Schätzungskommission datiert ist; allein dadurch sind jedenfalls die Expropriaten nicht verkürzt worden, indem nach ihrer eigenen Behauptung die Preise bis zu diesem letztern Zeitpunkt stetsfort gestiegen sind; von der Anordnung einer neuen Schätzung auf Grund des maßgebenden frühern Zeitpunkts könnte daher höchstens dann die Rede sein, wenn von Seite der Expropriantin ein diesfälliger Antrag gestellt worden wäre; nun hat aber diese letztere den Urteilsantrag in seiner Gesamtheit angenommen, indem sie Ergänzung der Expertise in dem angedeuteten Sinne nur eventuell, nämlich für den Fall verlangt, daß aus andern Gründen eine Aktenvervollständigung eintreten sollte, in erster Linie jedoch Bestätigung des Urteilsantrages beantragt. Dagegen behaupten die Expropriaten, es müssen die Preise zur Zeit der Besitznahme durch die Bahngesellschaft, welche im August 1895 bezüglich des Landes in der Herdern, und Anfang 1896 bezüglich des übrigen

Expropriationsareals stattgefunden habe, oder diejenigen zur Zeit der Plangenehmigung (April 1896) als maßgebend erklärt werden. Nun ist allerdings richtig, daß nur ein bundesrätlich genehmigter Plan eine geeignete Grundlage für den Expropriationsprozeß bildet, und deshalb ein Expropriat nicht verhalten werden kann, vor erfolgter Plangenehmigung auf das Schätzungsverfahren sich einzulassen. Die Expropriaten wären daher unzweifelhaft berechtigt gewesen, die Einlassung vor der Schätzungskommission mit dem Hinweis darauf, daß die Pläne noch nicht genehmigt seien, zu verweigern, oder, sofern sie diesen Mangel erst später entdeckten, die Kassation des bisherigen Verfahrens zu verlangen. Da sie dies jedoch nicht gethan, und auch heute nicht einmal ein dahin zielender Antrag gestellt worden ist, so muß angenommen werden, sie seien mit der Durchführung des Expropriationsverfahrens auf Grundlage der stattgehabten Planauflage trotz des bezeichneten Mangels einverstanden. Mit Rücksicht auf dieses Einverständnis der Expropriaten ist also das bisherige Verfahren, auch soweit es der Plangenehmigung voranging, als gültig zu betrachten, und es erweist sich somit die Behauptung als unbegründet, daß für die Schätzung auf einen frühern Zeitpunkt, als denjenigen der nachträglichen Plangenehmigung nicht abgestellt werden dürfe; denn unter diesen Umständen greift auch hier die Erwägung Platz, daß die Schätzung schlechterdings nur auf die Gegenwart, nicht auch auf die Zukunft sich richten kann, und daher die Expropriaten dadurch, daß sie die Gültigkeit des durchgeführten Schätzungsverfahrens anerkennen, sich auch der Einwendung begeben, daß die Schätzung durch die Schätzungskommission auf den Zeitpunkt der Plangenehmigung, welcher ja damals noch ganz ungewiß war, hätte gerichtet werden sollen. Lag es aber der Schätzungskommission ob, auf die gegenwärtigen, d. h. zur Zeit ihrer Schätzung bestehenden, Wertverhältnisse abzustellen, so blieb dieser Zeitpunkt auch für die bundesgerichtlichen Experten maßgebend, indem die Entschädigung durch das Bundesgericht auf der gleichen Grundlage, wie durch die Schätzungskommission festgestellt werden muß.

Daß sodann der Zeitpunkt der Besitzergreifung gegenüber demjenigen der Schätzung durch die Schätzungskommission nicht aus-

schlaggebend sein kann, ist bereits in dem citierten Entscheide des Bundesgerichts in Sachen Baumann gegen N.-O.-B. ausgeführt worden, und es mag hier einfach auf die Erwägungen jenes Urteils verwiesen werden.

2. Erscheinen nun aber die Einwendungen, welche die Expropriaten mit Bezug auf den für die Schätzung maßgebenden Zeitpunkt erhoben haben, als unzutreffend, so fehlt auch ihrem Antrag auf Sistierung des Prozesses bis zum Eingang der Expertisen in Expropriationsstreitigkeiten über Nachbarland jede Berechtigung; denn abgesehen davon, daß jeder einzelne Expropriationsprozeß ein selbständiges Verfahren für sich bildet, die in diesem Verfahren gemachten prozessualischen Erhebungen die abschließende Grundlage der richterlichen Entscheidung bilden, und die Thatsache, daß ähnliche Fälle demnächst zur Beurteilung gelangen, somit eine Sistierung des bereits instruierten Prozesses so wie so nicht zu rechtfertigen vermöchte, kommt hier nun eben in Betracht, daß in jedem einzelnen Falle, trotz gleichartiger lokaler Verhältnisse, die Schätzung eine verschiedene sein kann und muß, je nach dem Stand der Wertverhältnisse zur Zeit der Schätzung durch die Schätzungskommission, so daß die Expertise in den von den Expropriaten angezogenen neuen Expropriationsfällen nur unter der Voraussetzung im vorliegenden Prozesse mit Erfolg verwertet werden könnten, als dieselben sich auf den gleichen Zeitpunkt wie hier bezögen, bezw. beziehen müßten. Letzteres ist jedoch von den Expropriaten gar nicht behauptet worden, und trifft offenbar auch nicht zu.

3. Im weitern haben nun die Expropriaten die Richtigkeit der Schätzung der bundesgerichtlichen Experten bemängelt, und dabei namentlich nähern Ausweis darüber verlangt, wieso sie zu ihren Ansätzen gelangt seien. Allein die in dem Gutachten enthaltene Begründung ist durchaus hinreichend, um darzuthun, daß die Experten ihre Aufgabe mit der erforderlichen Sorgfalt und Sachkunde gelöst haben. Daß sie dabei von unrichtigen thatsächlichen Annahmen oder von einer irrtümlichen Auffassung über ihre Aufgabe ausgegangen seien, kann nicht behauptet werden. Mit Unrecht haben die Expropriaten sich darüber beschwert, daß die Experten erklärten, sie setzen etwas Mißtrauen in die Höhe gewisser Kaufpreisangaben, indem sie aus zuverlässiger Quelle er-

fahren hätten, daß häufig die notarialischen Fertigungen nicht mit den wirklichen Verkaufspreisen übereinstimmen, sondern häufig höhere Preise aufweisen. Muß schon im allgemeinen gesagt werden, daß die Experten bei der Schätzung der den Expropriaten aus der Expropriation erwachsenden Vermögensnachteile nicht unbedingt an die Kaufpreise gebunden sind, welche sich für die jeweilen in Frage stehende Gegend aus den Notariatsprotokollen ergeben, sondern daß daneben auch dem eigenen fachmännischen Urteil der Experten ein bestimmender Einfluß auf ihre Taxation zukommt, so unterliegt im weitern keinem begründeten Zweifel, daß die Experten vollständig im Rahmen ihrer Aufgabe handeln, wenn sie die aus den Notariatsprotokollen ersichtlichen Kaufpreise nicht nur auf ihre Angemessenheit, sondern auch darauf prüfen, ob dieselben den wirklichen Abmachungen unter den Kontrahenten entsprechen; denn es ist ja selbstverständlich, daß nicht der zu Protokoll gegebene, sondern nur der wirkliche Inhalt der zur Vergleichung herangezogenen Käufe einen richtigen Anhaltspunkt für die vorzunehmende Schätzung bietet. Wenn nun die Experten erklären, sie hätten erfahren, daß die notarialischen Fertigungen häufig nicht mit den wirklichen Kaufpreisen übereinstimmen, so besteht kein Grund, in diese Erklärung irgend welche Zweifel zu setzen; ebenso darf es vollständig dem Ermessen der Experten anheimgestellt bleiben, ob die Quelle, aus der sie die in Rede stehende Erfahrung geschöpft haben, als zuverlässige bezeichnet werden dürfe, und muß daher das Begehren, die Experten hierüber zu Rede zu stellen, als eine zu weit gehende Zumutung zurückgewiesen werden. Aus diesen Gründen ist sowohl der von den Expropriaten gestellte Antrag auf Anordnung einer Oberexpertise bezw. auf Ergänzung der Expertise, sowie derjenige auf Einvernahme von Zeugen über die Übereinstimmung der in den Notariatsprotokollen eingetragenen Kaufpreise mit den wirklich vereinbarten abzuweisen.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Dispositive 1 bis 5 des Urteilsantrages werden zum Urteil erhoben.

II. Organisation der Bundesrechtspflege.
Organisation judiciaire fédérale.

92. Urteil vom 1. Mai 1897 in Sachen Aldinger gegen Notz.

Am 2. Dezember 1890 wurde über Frau Emmy Ravier geb. Aldinger in Gersau (Kantons Schwyz) der Konkurs eröffnet. Derselbe wurde bereits im Januar 1891 geschlossen. Nachdem die Ehe Ravier-Aldinger später getrennt worden war, suchte der Vater der Schuldnerin ein Abkommen mit den Gläubigern zu treffen, wonach diese gegen Auszahlung von 10 % ihrer Forderungen Saldoquittung erteilen sollten. Gestützt darauf, daß von 16 Gläubigern 11 sich hiemit einverstanden erklärt haben, stellte am 9. Dezember 1896 Rechtsagent Härtsch in St. Gallen namens der Frau Emmy Aldinger gesch. Ravier beim Bezirksgerichte Gersau das Gesuch um Bewilligung eines Nachlaßvertrages. Das Bezirksgericht Gersau setzte, unter Berufung auf Art. 304 Sch.-B. u. K.-G., Termin zur Verhandlung über den Nachlaßvertrag auf 4. Januar 1897 an, was in Nr. 345 des schweizerischen Handelsamtsblattes vom 26. Dezember 1896, sowie im schwyzerischen Amtsblatte veröffentlicht wurde. Da seitens der Gläubiger keine Einsprachen erfolgten, genehmigte das Bezirksgericht Gersau den Nachlaßvertrag wesentlich gestützt darauf, daß der Vater der Schuldnerin vor dem Gerichtstage die Erfüllung des Nachlaßvertrages durch Bankdepositum sicher gestellt und eine Prüfung der Vermögensverhältnisse desselben mit Bezug auf die Anwartschaft der Schuldnerin ergeben habe, daß die offerierten 10 % in richtigem Verhältnisse zur Vermögenslage der Schuldnerin stehen und daß ihr anwartschaftlicher Erbteil nicht hinreichen würde, den Gläubigern 10 % zu sichern, wenn ihr die bereits bezogenen beträchtlichen Summen in Anrechnung gebracht werden. Nach Ablauf der Appellationsfrist gegen dieses Urteil, am 22. Januar 1897, wurde vom Bezirksgericht Gersau das über Frau Aldinger ausgesprochene Falliment folgenlos erklärt und wider-

rufen und zwar gestützt auf die Übergangsbestimmungen des eidgenössischen Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes, welche den Nachlaßvertrag auch auf frühere Fallimente anwendbar erklären.

Vom 20.—23. Januar 1897 wurden den Gläubigern 10 % ihrer Forderungen durch das Konkursamt Gersau ausbezahlt. Während die übrigen Gläubiger sämtlich Saldoquittungen ausstellten, wurde dies von zweien derselben, von Louis Bauer und den Erben des Advokaten Notz in Zürich, verweigert, und es beschwerten sich letztere, deren Erblasser im Konkurse der Frau Aldinger mit einer Forderung von 8800 Fr. zu Verlust geraten war, mit Eingabe vom 25./26. Januar 1897 bei der obern schwyzerischen Nachlaßbehörde, indem sie beantragten, es sei die laut Publikation im Amtsblatte des Kantons Schwyz vom 22. Januar erfolgte Genehmigung des Nachlaßvertrages der Frau Aldinger gesch. Ravier als nicht bestehend aufzuheben oder eventuell für sie nicht verbindlich zu erklären. Sie führten aus: Es sei gesetzlich unzulässig, daß die Gemeinschuldnerin 6 Jahre nach Beendigung des Konkurses ohne weiteres einen Zwangsnachlaßvertrag abschließen könne; der Konkurs sei geschlossen. Eventuell sei die Genehmigung materiell und formell anfechtbar. Denn die Rekurrenten seien nie zu der nach § 304 Sch.-B. u. K.-G. geforderten Gläubigerversammlung eingeladen worden, und der Nachlaßvertrag entbehre auch materiell der zur Genehmigung erforderlichen Voraussetzungen. Das Kantonsgericht des Kantons Schwyz erkannte durch Entscheidung vom 23. März 1897: 1. Der Nachlaßentscheid des Bezirksgerichts Gersau in Sachen Frau Emmy Aldinger gesch. Ravier, in St. Gallen, d. d. 4. Januar 1897, ist aufgehoben und folgenlos erklärt. 2. Die Impetratin zahlt für den Nachlaßentscheid 10 Fr. 3. u. s. w. In der Begründung dieses Entscheides wird wesentlich ausgeführt: Aus Art. 307 Sch.-B. u. K.-G. ergebe sich, daß der Entscheid über den Nachlaßvertrag als solcher nicht erst durch die Publikation des Fallimentswiderrufes mitgeteilt werden müsse. Eine solche Mitteilung an die abwesenden Rekurrenten sei nun nicht erfolgt und diese haben erst durch die öffentliche Bekanntgabe der Fallimentsaufhebung vom 22. Januar 1897 von der Genehmigung des Nachlaßvertrages Kenntnis erlangt. Ihre Beschwerde an die obere kan-

tonale Nachlaßbehörde sei also gemäß Art. 307 Sch.-B. u. K.-G. nicht verspätet. Übrigens müsse sich, auch abgesehen hievon, das Kantonsgericht, als kantonale Nachlaßbehörde, welcher ein Nachlaßentscheid unterbreitet werde, in jedem speziellen Falle vorbehalten, von Amtes wegen zu prüfen, ob der Nachlaßvertrag gesetzmäßig zu Stande gekommen sei oder nicht. Dies sei hier zu verneinen. Frau Aldinger sei vor Inkrafttreten des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs, also unter der Herrschaft des kantonalen Rechts, ins Falliment geraten. Das kantonale schwyzerische Recht nun habe den Nachlaßvertrag nicht gekannt. Gemäß Art. 330, Abs. 3 Sch.-B. u. K.-G. aber können Schuldner, deren Vermögen am 1. Januar 1892 einer Konkursliquidation unterworfen oder ganz oder teilweise gepfändet oder mit Arrest belegt sei, ein Nachlaßbegehren nur dann einreichen, wenn das bisherige kantonale Recht ihnen dies gestatte. Für den Kanton Schwyz sei deshalb die Möglichkeit eines Nachlaßgesuches für frühere Fallimente nicht vorhanden. Das sei materiell maßgebend und es brauche nicht untersucht zu werden, ob ein Nachlaßvertrag nach geschlossenem Konkurse überhaupt noch möglich sei. Das kantonale Einführungsgesetz habe in § 107 ausdrücklich die Aufhebung der Folgen der vor 1. Januar 1892 ergangenen Fallimente und die dem falliten Schuldner zu Gebote stehenden Rechtswohlthaten an das Rehabilitationsverfahren gebunden. Gegen diesen, am 25. März 1897 mitgeteilten, Entscheid ergriff Rechtsagent Härtsch in St. Gallen namens der Frau Emmy Aldinger gesch. Ravier und ihres Vaters Ludwig Aldinger durch eine direkt an das Bundesgericht gerichtete und am 13. April l. J. zur Post gegebene Eingabe die Berufung an das Bundesgericht. In dieser Eingabe wird rechtlich im wesentlichen ausgeführt: Die schwyzerischen Behörden haben den Nachlaßentscheid des Bezirksgerichtes Gersau insoweit vollzogen, als sie den Gläubigern aus dem Depositum des Ludwig Aldinger circa 16,000 Fr. ausbezahlt haben. Wenn nun das Kantonsgericht des Kantons Schwyz nachträglich den Nachlaßentscheid, mit Rücksicht auf welchen diese Zahlungen erfolgt seien, aufhebe, ohne gleichzeitig auch die geleisteten Zahlungen rückgängig zu machen und machen zu können, so liege darin eine schwere Rechtsverweigerung und eine Verletzung der

Gleichheit vor dem Gesetze. Das Kantonsgericht sei ferner formell gar nicht mehr berechtigt gewesen, auf die Beschwerde der Erben Notz einzutreten, weil das bezirksgerichtliche Urteil wegen Versäumung der 10tägigen Appellationsfrist in Rechtskraft erwachsen und zudem bereits vollzogen gewesen sei. Die Erben Notz seien zur Appellation überhaupt nicht berechtigt gewesen, da sie vor erster Instanz keine Einsprache gegen den Nachlaßvertrag erhoben haben. Zudem brauche die in Art. 307 Sch.-B. u. K.-G. vorgesehene Mitteilung des Nachlaßentscheides, von welcher an die Appellationsfrist laufe, jedenfalls nur an den Schuldner und an widersprechende Gläubiger zu geschehen. Die Appellationsfrist sei daher spätestens am 15. Januar 1897 auch für die Erben Notz abgelaufen gewesen. Wenn trotzdem die Appellation derselben zugelassen worden sei, so liege darin eine Verletzung des Art. 307 Sch.-B. u. K.-G. und eine Rechtsverweigerung. Nach Art. 330 Sch.-B. u. K.-G. könne seit 1. Januar 1892 jeder Schuldner die Rechtswohlthat des Nachlaßvertrages anrufen; denn ausgeschlossen seien ja nach dem Stande der kantonalen Gesetzgebung nur diejenigen, deren Vermögen am 1. Januar 1892 einer Konkursliquidation unterworfen seien. Unter letztere Ausnahme falle also ein Schuldner nicht, dessen Vermögen längst vor jenem Termin vollständig liquidiert worden sei, dessen Konkurs, wie in casu, längst erledigt sei. Einem solchen Schuldner diese Rechtswohlthat zu verweigern, sei eine ungleichmäßige Behandlung vor dem Gesetze (Art. 4 B.-V.). Der geltend gemachte Art. 107 des schwyzerischen Einführungsgesetzes sei ebenfalls verfassungswidrig. Daraus ergebe sich zugleich, daß das Konkursgericht mit Unrecht schwyzerisches, also kantonales statt des eidgenössischen Rechts angewendet habe und das Urteil desselben also auch der Kassation unterliege.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Berufung ist nicht in richtiger Form eingelegt worden. Es könnte schon bezweifelt werden, ob die Berufungseingabe den Erfordernissen des Art. 67, Abs. 2 O.-G. entspreche, jedenfalls aber ist die Berufungserklärung der unrichtigen Stelle, nämlich dem Bundesgerichte, statt, wie Art. 67, Abs. 1 O.-G. ausdrücklich vorschreibt, demjenigen Gerichte, welches das Urteil gefällt

hat (hier also dem Kantonsgerichte von Schwyz), eingereicht worden. Schon aus diesem Grunde kann auf die Berufung (zu welcher übrigens wohl zweifellos nur Frau E. Aldinger, nicht aber deren Vater, der in dem Nachlaßverfahren vor den kantonalen Gerichten nicht Partei war, legitimiert wäre) nicht eingetreten werden.

2. Allein, auch wenn die Berufung formrichtig eingelegt wäre, so könnte auf dieselbe doch, als unstatthaft, nicht eingetreten werden. Denn nach Art. 56 u. ff. O.-G. ist die Berufung nur statthaft gegen Haupturteile kantonaler Gerichte in Civilstreitsachen, welche nach eidgenössischem Rechte entschieden wurden oder zu entscheiden waren. Nun qualifiziert sich aber die angefochtene Entscheidung des Kantonsgerichts von Schwyz nicht als ein solches Haupturteil in einer Civilstreitigkeit. Denn, wie das Bundesgericht bereits in seiner Entscheidung in Sachen Berner Handelsbank und Genossen c. Bucher und Genossen vom 25. Juni 1892 (Amtl. Samml., Bd. XVIII, S. 218, Erw. 3) ausgesprochen und eingehend begründet hat, sind Entscheidungen der Nachlaßbehörde über Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung eines Nachlaßvertrages nicht Urteile in Streitigkeiten über Bestand oder Nichtbestand streitiger Privatrechtsansprüche oder Privatrechtsverhältnisse, also keine Haupturteile in Civilstreitigkeiten.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Auf die Berufung der Rekurrenten wird nicht eingetreten.

---

93. Urteil vom 1. Mai 1897 in Sachen Aldinger gegen Notz.

A. Durch Entscheid vom 23. März 1897 hat das Kantonsgericht des Kantons Schwyz erkannt:

1. Der Nachlaßentscheid des Bezirksgerichtes Gersau in Sachen Frau Emmy Aldinger gesch. Ravier in St. Gallen d. d. 4. Januar 1897 ist aufgehoben und folgenlos erklärt.

2. Die Impetratin zahlt für den Nachlaßentscheid 10 Fr.

3. Mitteilung an das Bezirksgericht Gersau, an die Parteien und Veröffentlichung im Amtsblatt.

B. Gegen diesen am 25. März eröffneten Entscheid ergriff Rechtsagent Härtsch Namens der Frau Emmy Aldinger gesch. Ravier und ihres Vaters Ludwig Aldinger durch eine direkt an das Bundesgericht gerichtete, am 13. April 1897 zur Post gegebene, Eingabe neben der Berufung auch die Kassationsbeschwerde an das Bundesgericht. Dieses Rechtsmittel wird auf die gleichen rechtlichen und thatsächlichen Momente begründet wie die Berufung, so daß für deren Darstellung auf die heutige Entscheidung des Bundesgerichtes über die Berufung verwiesen werden kann.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Wie die Berufung, so ist auch nach Art. 90 O.-G. die Kassationsbeschwerde bei der Gerichtsstelle einzureichen, welche das Urteil erlassen hat; wie die Berufung, so ist also in casu auch die Kassationsbeschwerde nicht formrichtig eingelegt.

2. Dieselbe ist übrigens ebenso wie die Berufung auch unstatthaft; denn ebenso wie die Berufung ist die Kassationsbeschwerde nur gegen Haupturteile kantonaler Gerichte statthaft (vgl. darüber Amtl. Samml. der Entsch., Bd. XX, S. 383 Erw. 4), und die angefochtene Entscheidung des Kantonsgerichtes des Kantons Schwyz qualifiziert sich nun, wie das Bundesgericht in seiner heutigen Entscheidung betreffend die Berufung der Kassationskläger ausgesprochen hat, nicht als Haupturteil. Wäre gegen diese Entscheidung ein (civilrechtliches) Rechtsmittel an das Bundesgericht überhaupt statthaft, so wäre dies, da der gesetzliche Streitwert zweifellos gegeben ist, nicht die Kassationsbeschwerde, sondern die Berufung. Denn in Fällen, in welchen der Streitwert für die Berufung an das Bundesgericht gegeben ist, ist auch die Beschwerde, es sei von den kantonalen Gerichten unrichtigerweise kantonales Recht statt des eidgenössischen angewendet worden, durch das ordentliche Rechtsmittel der Berufung und nicht durch die Kassationsbeschwerde geltend zu machen. Übrigens mag bemerkt werden, daß die Meinung der Kassationskläger, aus den Übergangsbestimmungen zum Schuldbetreibungs- und Konkursgesetze, speziell aus Art. 330 Abs. 3, ergebe sich, daß diejenigen

Schuldner, deren Konkurs vor dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes (1. Januar 1892) bereits durchgeführt war, Nachlaßbegehren nach Maßgabe des eidgenössischen Rechts stellen können, auch wenn das frühere kantonale Recht ihnen dies nicht gestattet habe, völlig unbegründet ist. Daraus, daß Art. 330 Abs. 3 leg. cit. bloß rücksichtlich der Schuldner, deren Konkurs u. s. w. am 1. Januar 1892 noch hängig war, verordnet, sie können ein Nachlaßbegehren nur einreichen, wenn das bisherige kantonale Recht ihnen dies gestattet habe, darf in keiner Weise gefolgert werden, daß für Schuldner, deren Konkurs am 1. Januar 1892 bereits beendet war, das Gegenteil gelte. Es wäre ja völlig widersinnig, diese Schuldner, deren Konkurs u. s. w. sich vollständig unter der Herrschaft des kantonalen Rechts abgewickelt hat, rücksichtlich der Möglichkeit eines Nachlaßvertrages dem eidgenössischen Rechte zu unterstellen, während für diejenigen, deren Konkurs u. s. w. bei Inkrafttreten des Bundesgesetzes noch nicht beendigt war, in dieser Richtung das kantonale Recht vorbehalten wird. Die Fassung des Art. 330 Abs. 3 erklärt sich vielmehr einfach daraus, daß nach beendigtem Konkurse u. s. w. ein Nachlaßvertrag im Sinne der Art. 293 u. ff. Sch. u. K.-G. überhaupt nicht mehr möglich ist. Der Nachlaßvertrag hat zum Zwecke die drohende oder begonnene gerichtliche Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners abzuwenden bezw. zu beendigen; nach durchgeführtem Konkurse ist für einen solchen kein Raum mehr, sondern ist der Schuldner, welcher die Folgen des Konkurses aufheben will, auf den Weg der Rehabilitation zu verweisen.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Auf die Kassationsbeschwerde wird als unstatthaft nicht eingetreten.

94. Urteil vom 17./23. Juni 1897 in Sachen Weibel & Cie. gegen Fehr.

Gestützt auf Art. 43 des Bundesgesetzes über die Verantwortlichkeit der eidgenössischen Behörden und Beamten vom 9. Dezember 1850 hat Advokat A. Maunoir in Genf Namens der Firma H. Weibel & Cie. in Brüssel gegen Herrn Fehr, Direktor des ersten Zollgebietes in Basel am 2. Juni 1897 beim Bundesgericht eine Schadenersatzklage eingereicht mit den Rechtsbegehren:

a. Es sei durch das Bundesgericht in allen Fällen die gemäß Art. 43 des citierten Bundesgesetzes von der Klägerin vorerst für die entspringenden Kosten zu leistende Kaution zu bestimmen.

b. Der Beklagte sei zur Bezahlung einer Summe von 3604 Fr. 75 Cts. an die Klägerin zu verurteilen, nebst Zins seit dem 25. Januar 1897, unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Zur Begründung dieses Schadenersatzanspruches beruft sich die Klägerin auf Art. 7 des erwähnten Bundesgesetzes vom 9. Dezember 1850 und macht geltend, der Beklagte habe fahrlässigerweise seine Dienstpflicht nicht gehörig erfüllt, und sich so einer in Art. 52 des Bundesgesetzes über das Zollwesen vom 28. Juni 1893 vorgesehenen Pflichtverletzung zum Nachteil der Klägerin schuldig gemacht, wofür er derselben schadenersatzpflichtig sei. Nach Vorschrift des Art. 43 des Bundesgesetzes vom 9. Dezember 1850 habe die Klägerin am 25. Januar 1897 ihre Civilklage vorerst beim Bundesrate angebracht, habe aber durch Zuschrift vom 22. März d. J. von demselben den Bescheid erhalten, daß der Bundesrat ihrem Begehren keine Folge geben könne, und ihr anheimstelle, ihre Forderungen gegenüber dem Beamten geltend zu machen, dem sie die Verschuldung ihres Schadens zuschreibe. Demnach sei die Klägerin berechtigt, Herrn Fehr auf dem Civilwege zu belangen, und zwar beim Bundesgericht, welches gemäß Art. 50 O.-G., in Verbindung mit Art. 43 des Bundesgesetzes vom 9. Dezember 1850, in der Sache kompetent sei.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Da die vorliegende Klage nicht gegen den Bund, sondern

gegen einen Privaten gerichtet ist, und auch eine Prorogation an das Bundesgericht im Sinne des Art. 52 Ziff. 1 des Org.-Ges. nicht stattgefunden hat, könnte die Kompetenz desselben, als einzige Civilgerichtsinstanz, nur auf Art. 50 Org.-Ges. gegründet werden, wornach das Bundesgericht, außer den im Organisationsgesetz selbst normierten Fällen, zur erst- und letztinstanzlichen Entscheidung aller derjenigen civilrechtlichen Streitigkeiten kompetent ist, welche durch bundesgesetzliche Bestimmungen seiner ausschließlichen Beurteilung unterstellt sind. Die Klägerin ist nun davon ausgegangen, daß gestützt auf Art. 50 O.-G. die Kompetenz des Bundesgerichtes in der That gegeben sei, indem das Verantwortlichkeitsgesetz vom 9. Dezember 1850 die Beurteilung von Civilklagen Privater gegen eidgenössische Beamte wegen gesetzwidriger Amtsführung der ausschließlichen Beurteilung des Bundesgerichtes unterstelle. Eine derartige Bestimmung enthält jedoch das angerufene Bundesgesetz nicht. Für die Auffassung der Klägerin könnte höchstens die Vorschrift in Art. 43 dieses Gesetzes als Indizium angerufen werden, daß die bei derartigen Klagen zu leistende Kaution vom Bundesgerichte zu bestimmen ist. Allein die Kompetenz zur Bestimmung dieser Kaution steht mit der Gerichtsstandsfrage keineswegs in so engem Zusammenhang, daß sie die Kompetenz in der Hauptsache zur notwendigen Voraussetzung hätte. Mit der in Art. 43 des Bundesgesetzes vom 9. Dezember 1850 vorgeschriebenen Kaution ist augenscheinlich nicht die gewöhnliche Prozeßkaution im Sinne des Art. 26 der eidg. C.-P.-O., über welche allerdings nur das in der Hauptsache kompetente Gericht zu bestimmen hat, gemeint. Denn Art. 43 des Bundesgesetzes vom 9. Dezember 1850 statuiert die Kautionspflicht ganz unabhängig von der größeren oder geringeren Sicherheit, die der jeweilige Kläger für Bezahlung der Prozeßkosten gewährt; es soll also mit der in Art. 43 leg. cit. vorgeschriebenen Kautionsauflage offenbar nicht bloß für diese Sicherheit gesorgt, sondern noch der weitere Zweck verfolgt werden, die eidgenössischen Beamten überhaupt vor unüberlegter, leichtfertiger Belangung aus dem Verantwortlichkeitsgesetz zu schützen; die Obsorge hiefür nun konnte der Gesetzgeber ganz wohl dem Bundesgerichte auch dann übertragen, wenn er die

materielle Entscheidung nicht in dessen ausschließliche Kompetenz legte. Fehlt es aber nach dem Gesagten an einer bundesgesetzlichen Bestimmung, nach welcher die vorliegende Streitigkeit der ausschließlichen Beurteilung des Bundesgerichtes unterstellt wäre, so greifen die allgemeinen Gerichtstandsnormen Platz, kraft welcher der Beklagte für persönliche Ansprüche bei dem Gerichte seines Wohnortes gesucht werden muß.

2. Da der Kläger das Begehren gestellt hat, das Bundesgericht möge auf alle Fälle, also auch für den Fall, daß es sich in der Hauptsache inkompetent erklärt, jetzt schon die in Art. 43 leg. cit. vorgeschriebene Kaution festsetzen, und die Kompetenz hiezu, wie in Erwägung 1 ausgeführt worden ist, dem Bundesgerichte, unabhängig von der Kompetenzfrage rücksichtlich der Hauptsache, zusteht, so ist auch diese Kaution zu bestimmen; dieselbe wird auf 800 Fr. angesetzt, und ist bei der Bundesgerichtskanzlei zu leisten.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Auf die Klage wird wegen Inkompetenz des Gerichtes nicht eingetreten.

III. Haftpflicht der Eisenbahnen u. s. w. bei Tödtungen und Verletzungen.

Responsabilité des entreprises de chemins de fer, etc. en cas d'accident entraînant mort d'homme ou lésions corporelles.

95. *Arrêt du 5 mai 1897 dans la cause Société des chemins de fer à voie étroite de Genève contre Milliquet.*

Le 2 mars 1895, à 7 heures 20 minutes du soir, une machine du train des chemins de fer à voie étroite a atteint, au Rond-point de Plainpalais, le demandeur David Milliquet, tailleur de pierres, qui à ce moment se trouvait couché sur la voie; Milliquet reçut, à la main droite, de graves blessures, qui ont nécessité la désarticulation du médius et de l'annulaire, et la résection de la tête de leurs métacarpiens. Milliquet resta à l'hôpital, où il avait été transporté immédiatement, jusqu'au 20 avril suivant. C'est à la fin du mois de juin 1895 seulement que la cicatrisation fut complète, et le Dr Goetz constate, dans un certificat du 3 décembre 1895, qu'à cette dernière date la main droite du demandeur présente une mutilation importante, qui a déterminé une invalidité du membre partielle et définitive. Par lettre du 7 dit, le même médecin estime que l'accident dont a été victime Milliquet a entraîné une diminution définitive de la capacité de travail du membre blessé de 70 %.

Milliquet est né le 4 octobre 1836; il avait donc 58 ½ ans au moment où l'accident est survenu; son gain comme contremaître tailleur de pierres était de 6 fr. 50 c. en moyenne par jour, soit de 1950 fr. par an à raison de 300 jours ouvrables.

Au moment où l'accident s'est produit, le sol était couvert

d'une épaisse couche de neige tombée les 25 et 26 février ; cette chute s'est élevée à la quantité, extraordinaire pour Genève, de 71,5 cm. Le boulevard sur lequel l'accident a eu lieu n'était pas déblayé, mais la voie sur laquelle se meut le train avait été ouverte, et des deux côtés des rails s'élevaient de hauts talus de neige entre lesquels le train circulait. Ces tranchées avaient été ouvertes transversalement en quelques endroits pour permettre la traversée de la voie ferrée.

Par exploit du 3 août 1895, Milliquet a dirigé contre la Société des chemins de fer à voie étroite une demande en paiement de dix mille francs à titre d'indemnité.

La Compagnie a résisté à cette demande et a décliné toute responsabilité, en alléguant que l'accident était dû exclusivement à la faute de la victime, que Milliquet était étendu sur la voie au moment où il a été surpris par le train, qu'il était en état d'ivresse et qu'il avait eu tort de s'engager sur la voie et de la suivre.

Milliquet a contesté toute faute de sa part, notamment d'avoir été en état d'ivresse et d'avoir voulu longer la voie ferrée.

Le tribunal de première instance, après enquêtes, a estimé, en substance, qu'en traversant la voie Milliquet avait fait une chute sur un des talus de neige qui la bordaient, et que c'est à ce moment, et alors qu'il était déjà renversé sur le sol, qu'il a été atteint par la machine et blessé ; le tribunal a admis en outre que, d'autre part, la Compagnie avait commis une faute en ne déblayant pas les talus qui bordaient la voie ; que l'accident étant la suite de négligences et de circonstances imputables aux deux parties, la responsabilité de la Compagnie devait être atténuée. Le tribunal, pour fixer l'indemnité a admis que celle-ci, pour réparer entièrement le préjudice souffert par le demandeur, devrait s'élever à 8000 fr., mais qu'il y avait lieu de la réduire par suite des négligences imputables aux deux parties, et de la fixer à 4000 fr. ; il a enfin condamné la Compagnie à tous les dépens.

La Compagnie a formé appel principal de ce jugement, et Milliquet appel incident.

Par arrêt du 13 mars 1897, la Cour de justice civile, après avoir constaté que les questions à résoudre par elle sont les suivantes :

a) La Compagnie a-t-elle établi une faute de la part de Milliquet ?

b) Milliquet a-t-il établi une faute à la charge de la Compagnie ou de ses agents ?

c) Quel est le montant du dommage causé à Milliquet et de l'indemnité à laquelle il a droit ?

— a réformé le jugement de première instance en tant qu'il arrête à 4000 fr. seulement le montant de l'indemnité due à Milliquet, — condamné la Compagnie à payer la somme de 6000 fr. à Milliquet à titre d'indemnité, — confirmé pour le surplus le prédit jugement et mis les dépens d'appel à la charge de la Compagnie.

Cet arrêt se fonde, en résumé, sur les motifs suivants :

Sur la première question : La Compagnie n'a nullement prouvé que Milliquet se trouvât en état d'ivresse le soir de l'accident ; le contraire résulte des dépositions des témoins. Le demandeur a, en revanche, commis une imprudence légère en s'engageant sur la voie ferrée dans les circonstances spéciales créées par la forte chute de neige des jours précédents ; il aurait dû se rendre compte, avant de le faire, du danger qu'il courait en circulant de nuit dans une tranchée dont il devait lui être difficile de sortir à l'arrivée d'un train, et à une heure où il ne pouvait ignorer que la circulation de ceux-ci est encore active. Il résulte des dépositions des témoins et des propos de la victime elle-même que c'est en voulant sortir de la tranchée où il s'était imprudemment engagé, que Milliquet a glissé sur le talus et est tombé sur la voie quelques instants avant l'arrivée de la locomotive. Une faute, légère à la vérité, doit donc être retenue à la charge du demandeur.

Sur la deuxième question : Il n'a point été articulé qu'aucune disposition légale ou réglementaire ou aucune clause de son cahier des charges oblige la Compagnie à déblayer la neige aux abords de la voie ; il suffit qu'elle assure, — ce

qu'elle a fait en l'espèce, — la circulation sur la ligne en déblayant le passage nécessaire à ses trains. Même en admettant qu'elle soit tenue à déblayer la voie publique en dehors de l'espace strictement nécessaire à la circulation de ses trains, la Compagnie serait à l'abri de tout reproche en raison de la force majeure, soit de la chute de neige extraordinairement abondante des 25/26 février, qui empêchait absolument ce déblaiement dans l'espace de quatre jours. Le fait de la Compagnie d'avoir laissé subsister à la date du 2 mars des amas de neige le long de sa voie, ne saurait donc lui être imputé à faute. Aucune autre faute ne peut être relevée à sa charge, il n'y a notamment rien d'anormal à ce que Milliquet, déjà étendu sur la voie lorsque la locomotive est arrivée près de lui, n'ait été aperçu par le mécanicien que trop tard pour que celui-ci ait pu arrêter le train à temps.

Sur la troisième question: Les premiers juges, en fixant à 8000 fr. le montant du dommage total éprouvé par le demandeur, paraissent avoir tenu un compte équitable des diverses circonstances sur lesquelles ils basent leur appréciation. C'est en revanche à tort qu'ils ont réduit à 4000 fr. la somme à payer à Milliquet, la faute que celui-ci a commise étant relativement légère et excusable en raison des circonstances spéciales dans lesquelles elle s'est produite. Il n'est en effet point interdit aux passants de suivre les voies des chemins de fer sur route, alors que les rails sont placés sur la voie publique, et que le danger ne résultait que d'un état de la voie ferrée dû à des circonstances atmosphériques anormales.

Le fait qu'aucune faute n'est reprochable à la Compagnie ne la décharge toutefois pas de la responsabilité que lui impose l'art. 2 de la loi fédérale du 1er juillet 1875 sur la matière. Dans ces circonstances il est équitable de porter à 6000 fr. l'indemnité à payer au demandeur par la défenderesse.

C'est contre cet arrêt que la Société des chemins de fer à voie étroite a recouru au Tribunal fédéral par déclaration du

8 avril 1897, concluant à ce qu'il lui plaise réformer le dit arrêt, et, statuant à nouveau :

1° Dire que l'accident dont Milliquet a été victime est dû soit à sa faute, soit à une circonstance de force majeure, à l'exclusion de toute faute de la recourante ; débouter en conséquence Milliquet de sa demande d'indemnité, avec suite de tous dépens.

Subsidiairement, et vu l'art. 82, § 2 de la loi fédérale précitée.

2° Annuler le jugement dont est recours et renvoyer la cause à la Cour d'appel de Genève pour compléter le dossier par une expertise médicale contradictoire, en ce qui concerne la diminution actuelle de la capacité de travail de Milliquet.

Très subsidiairement, et au cas où le tribunal de céans n'estimerait pas devoir renvoyer la cause à la Cour d'appel de Genève.

3° réduire à 500 fr. l'indemnité due à Milliquet.

A l'appui de ce recours, la Compagnie invoque les considérations ci-après :

Le chiffre de 6000 fr. adopté par la Cour cantonale est hors de proportion même avec celui qui pourrait être alloué à Milliquet s'il n'avait commis aucune faute. L'arrêt ne tient compte, ni de l'imprudence grave commise par Milliquet, ni de son âge avancé et du peu de temps pendant lequel son gain lui était encore assuré ; enfin le dit arrêt a fait une appréciation exagérée du degré d'incapacité de la victime. L'évaluation de la Cour cantonale sur ce point est arbitraire, et celle-ci n'a pas procédé à cet effet à une expertise médicale contradictoire ; il y a lieu en tout cas de compléter la procédure sur ce point, en application de l'art. 82, al. 2, de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale.

Milliquet a, de son côté, recouru par voie de jonction contre l'arrêt de la Cour de justice ; il conclut à ce qu'il plaise au Tribunal fédéral :

1. Réformer cet arrêt en tant qu'il met à la charge du demandeur une faute quelconque, même légère, et qu'il réduit à 6000 fr. le montant de l'indemnité qui lui est due par la Compagnie.

2. Condamner la défenderesse, avec intérêts de droit et les dépens, à lui payer la somme de 8000 fr.

Le recourant Milliquet fait observer qu'il ne résulte pas des enquêtes qu'il ait commis la moindre faute ni qu'il ait circulé entre les deux talus de neige qui bordaient de chaque côté la voie ferrée, laquelle est d'ailleurs établie sur la voie publique.

Dans leurs plaidoiries à l'audience de ce jour, les conseils des parties ont déclaré reprendre les conclusions formulées dans leurs recours respectifs.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1. — Les lésions corporelles, à raison desquelles le demandeur réclame une indemnité, se sont produites « dans l'exploitation » du chemin de fer. On ne saurait conclure le contraire de la circonstance qu'à la suite d'une chute, le corps du demandeur, au moment où le train l'a atteint, se trouvait couché, au moins en partie, sur les rails. La chute de Milliquet sur la voie paraît avoir eu pour conséquence de le blesser assez grièvement au nez, mais les autres lésions qu'il a souffertes doivent être attribuées au fait qu'immédiatement après cette chute, et avant qu'il ait pu se relever, un train a passé et lui a écrasé deux doigts de la main droite. L'existence d'un rapport de cause à effet entre l'exploitation de la ligne et cette dernière lésion ne saurait dès lors être révoquée en doute.

2. — Sur le point de savoir si, comme le prétend la défenderesse, l'accident a été causé par la propre faute de la victime, il y a lieu de rechercher comment Milliquet a pu se trouver dans la position indiquée, au moment où le train l'a atteint. A cet égard, Milliquet a expliqué, à l'origine, qu'il aurait été renversé par le train, mais dans la suite il a abandonné cette version. Le demandeur ne donne pas, à la vérité, des explications satisfaisantes sur les circonstances dans lesquelles l'accident s'est produit, mais il suffit, pour engager la responsabilité de la Compagnie, que le dit accident soit survenu dans l'exploitation, et, si la défenderesse estime pouvoir répudier cette responsabilité du chef de la propre

faute de la victime, c'est à elle qu'il incombe de prouver les faits qui constitueraient cette faute. A cet effet elle a prétendu en première ligne que Milliquet était en état d'ivresse lors de l'accident; mais les deux instances cantonales ont admis, d'un commun accord, le mal fondé de cette allégation, et le Tribunal fédéral est lié par cette constatation de fait, qui ne se trouve point contredite par les pièces du dossier.

3. — La Compagnie a allégué en outre que le demandeur, au lieu de se borner à traverser les rails par l'ouverture ménagée à cet effet dans les talus de neige, se serait engagé imprudemment, en se coupant ainsi toute retraite, le long de la voie, dans la tranchée formée par ces talus. C'est ce qui résulterait, d'après elle, du dire de plusieurs témoins, lesquels ont déposé que le demandeur fut trouvé gisant à trois mètres environ en arrière de la prédite ouverture. Selon la défenderesse, cette imprudence, — aggravée encore par la double circonstance qu'il faisait nuit, et que l'état exceptionnel dans lequel se présentait la voie augmentait les chances d'accident, — constituait une faute grave à la charge de la victime, qui aurait dû d'ailleurs se relever immédiatement après sa chute.

Les constatations des instances cantonales sur ces points, et en particulier sur les circonstances dans lesquelles la chute du demandeur s'est produite, ne sont toutefois ni précises, ni concluantes. Il n'est, notamment, nullement établi que Milliquet ait voulu suivre la voie entre les talus de neige. On peut facilement admettre que, dans la nuit et le brouillard, le demandeur ait fait inconsciemment quelques pas dans une fausse direction, ou qu'ayant manqué l'ouverture pratiquée dans les talus de neige, il ait franchi un de ceux-ci, sans que, dans aucune de ces alternatives, sa manière de faire puisse lui être imputée à faute. La Compagnie n'a jamais tenté de prouver que Milliquet eût agi, à cet égard, en pleine connaissance de la situation.

Il convient d'ailleurs de relever, en ce qui concerne ce point, la grande différence qui existe entre une ligne ferrée sur route, dont la voie n'est point interdite à la circulation

des piétons, et une ligne de chemin de fer ordinaire, qu'il n'est permis au public de traverser que sur des points déterminés. Si la chute exceptionnelle de neige des 25/26 février 1895 avait créé sur la voie routière de Genève à Plainpalais une situation particulièrement dangereuse, il incombait à la défenderesse de prendre, en vue de la sécurité du public, des mesures de précaution spéciales, telles que surveillance et éclairage de la voie, etc., de nature à prévenir ou tout au moins à diminuer le péril dans la mesure du possible; or la Compagnie n'a pas même allégué avoir pris aucune mesure de ce genre. Dans ces circonstances l'exception tirée de la propre faute du demandeur ne peut être accueillie.

4. — Pour échapper à la responsabilité qui lui incombe aux termes de l'art. 2 de la loi fédérale sur la matière, du 1er juillet 1875, la Compagnie défenderesse a invoqué également la force majeure, résultant, selon elle, de l'état de choses tout à fait exceptionnel dû à la chute de neige extraordinaire dont il s'agit. Il suffit, pour écarter cette exception, d'insister encore sur le fait, déjà signalé plus haut, que la défenderesse n'a pas prouvé avoir fait tout ce qui était en son pouvoir pour éviter des accidents du genre de celui qui a entraîné la mutilation du demandeur; elle n'a pris aucune mesure de précaution pour assurer la sécurité du public en présence d'un danger extraordinaire, et si elle a cru pouvoir continuer, dans de semblables circonstances, son exploitation de la manière habituelle, elle doit assumer, d'autre part, les risques inséparables d'une pareille façon de procéder.

5. — Aucune faute ne pouvant être retenue à la charge du demandeur, la responsabilité de la Compagnie est encourue aux termes de la disposition susvisée de la loi fédérale de 1875, et comme le demandeur ne se base pas sur l'art. 7 *ibidem* pour réclamer une somme, outre le dommage, il est superflu de rechercher si les agissements de la défenderesse devraient, le cas échéant, être envisagés comme impliquant aussi une faute de sa part.

6. — En ce qui concerne la quotité de l'indemnité à allouer à la victime, les instances cantonales admettent l'une et l'autre

qu'il y a lieu d'évaluer à 1000 fr. le dommage souffert par le demandeur du chef de l'incapacité de travail totale passagère que l'accident lui a causée, — y compris les frais de guérison, — et à 7000 fr. le dommage résultant pour lui de l'incapacité de travail durable qui l'a frappé.

Les tribunaux genevois sont arrivés à ce dernier chiffre en faisant entrer en ligne de compte les considérations et les facteurs ci-après : Milliquet, âgé de près de 59 ans au moment de l'accident, veuf et père de plusieurs enfants au-dessus de seize ans, gagnait alors 6 fr. 50 c. par jour, soit 1950 fr. par an. La capacité de travail de la main droite étant diminuée, par suite de sa mutilation, de 70 % d'une manière définitive et permanente, on peut évaluer la perte subie par le demandeur à une somme annuelle de 950 fr., car il ne peut plus tenir la massette de tailleur de pierres, et se trouve réduit à l'état de simple manœuvre, dont le gain ne dépasse pas 1000 fr. par an. La durée probable de la vie de Milliquet n'étant plus que de 14 ans, il se trouverait donc privé définitivement d'un gain de 13 200 fr., mais il y a lieu, vu l'âge du demandeur, de tenir compte de la maladie, des infirmités et du chômage qui pourraient l'atteindre dans l'avenir, de sorte que la perte de son gain futur depuis son rétablissement ne peut pas être évaluée à plus de 7000 fr.

La défenderesse a critiqué l'appréciation, arbitraire selon elle, de la Cour cantonale suivant laquelle l'incapacité de travail durable causée par la mutilation de deux doigts de la main droite est évaluée à 50 %, et, dans son recours au tribunal de céans, elle conclut, ainsi qu'il a été déjà dit, à ce qu'un complément d'enquête soit ordonné sur ce point.

Il n'y a pas lieu de déférer à cette dernière conclusion, déjà par le motif qu'elle n'a pas été formulée devant les instances cantonales. L'évaluation de la diminution durable de la capacité de travail du demandeur constitue d'ailleurs une appréciation de fait, qui n'est point contraire aux données du dossier, et qui doit lier dès lors le tribunal de céans. En fût-il même autrement, que les conséquences de la perte de l'annulaire et du médius de la main droite pourraient être

supputées par ce tribunal, en prenant en considération la jurisprudence consacrée par de nombreux cas identiques ou analogues en Suisse et à l'étranger, sans qu'il soit besoin à cet effet de l'intervention d'une expertise médicale. Or les résultats de cette étude démontrent que le chiffre de 50 % susmentionné n'est nullement exagéré, et que cette supputation tient un compte équitable des divers éléments à envisager dans la cause actuelle (voir entre autres Kaufmann, *Handbuch der Unfallverletzungen*, page 189, etc.).

En revanche, le calcul auquel se sont livrées les instances cantonales est critiquable à un autre point de vue. Il ne suffit pas, en effet, pour déterminer le chiffre de l'indemnité à allouer à la victime, de multiplier simplement le nombre des années de sa vie probable par la somme correspondant à la diminution de son gain annuel, mais il y a lieu de rechercher quelle est la somme nécessaire pour assurer au demandeur une rente viagère équivalente à cette diminution de gain. Cette somme s'élèverait, en capital, d'après les tables de la Caisse de rentes suisse, à 11 000 fr. environ.

En prenant toutefois en considération l'avantage résultant pour le demandeur de la circonstance qu'il recevra un capital au lieu d'une rente, ainsi que les chances d'infirmités ou de maladie auxquelles un ouvrier est toujours exposé les dernières années de sa vie, et en tenant un compte équitable de tous les éléments de la cause, le tribunal de céans a pu se convaincre qu'il se justifie de réduire à 6000 fr. l'indemnité à accorder au demandeur du chef de la diminution de capacité durable de travail à lui causée par l'accident. A cette somme de 6000 fr. doit s'ajouter celle de 1000 fr. pour le dommage souffert par Milliquet ensuite d'incapacité de travail totale, mais passagère, y compris les frais de guérison.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

I. — Le recours de la Société des chemins de fer à voie étroite de Genève est écarté.

II. — Le recours interjeté par voie de jonction par sieur

D. Milliquet est admis partiellement, et l'arrêt rendu entre parties par la Cour de justice civile de Genève, le 13 mars 1897, est réformé en ce sens que la somme à payer par la défenderesse au demandeur à titre d'indemnité est fixée à sept mille francs, y compris mille francs pour l'incapacité de travail totale temporaire et frais de guérison avec intérêt à 5 % l'an dès la date de l'exploit introductif d'instance, soit dès le 3 août 1895.

---

96. Urteil vom 3. Juni 1897 in Sachen Jura-Simplon-Bahn gegen Schindler.

A. Am frühen Morgen des 11. Dezember 1893 wurde in der Nähe der Station Auvernier auf dem Bahnkörper der Jura-Simplon-Bahn der Leichnam des Jakob Schindler, Notars und Sekretärs des Regierungsstatthalteramts Bern, aufgefunden. Schindler hielt sich damals in dem benachbarten Cormondrèche auf. Er war am Abend des 10. Dezember mit dem Zug Nr. 232 der Linie Neuenburg-Pontarlier mit einem Billet 3. Klasse bis Auvernier von ersterm Orte abgefahren und muß unter den Rädern dieses Zuges seinen Tod gefunden haben. Seine Leiche lag ungefähr 80 M. vom Stationsgebäude Auvernier in westlicher Richtung gegen Cormondrèche hin hart neben und fast parallel mit dem Geleise, über das Zug Nr. 232 gefahren war, mit dem Kopf in der Richtung der Station. Letzterer war eingedrückt. Der rechte Arm hing über die Schiene und war sozusagen abgeschnitten. Die sonst unversehrten Hände wiesen auf den innern Flächen Ölstriemen auf. Zwischen den etwas gespreizten Beinen lag der Regenschirm des Verunglückten mit dem Griff nach den Füßen hin; sein Hut befand sich auf der linken Brustseite. Der offene Mantel und der halbgeöffnete Rock waren unter den Armen und dem Kopfe aufgeschichtet. Auf der Leiche fand sich ein coupiertes Billet 3. Klasse Neuenburg-Auvernier vor. Nicht weit vom Fundort derselben in westlicher Richtung passiert die Straße Auvernier-Cormondrèche das Geleise. Von der Station Auvernier her führte

nach diesem Übergange dem Geleise entlang ein nicht angelegter, aber getretener kleiner Weg, auf dem man vom Bahnhof direkter und bequemer in die Straße Auvernier-Cormondrèche gelangt, als wenn man den ordentlichen Zufahrtsweg zur Station benutzt. Am Eingang des kleinen Weges beim Straßenübergang war eine Verbottafel aufgestellt mit den Worten: Défense de passer. An der Stelle, wo die Leiche gefunden wurde, konstatierte man am Morgen des 11. Dezember 1893 auf der festgefrornen Schneedecke Glitschspuren. Schindler war im Zeitpunkte seines Todes 41 Jahre alt. Er hinterließ eine Witwe und 4 minderjährige Kinder.

B. Mit Klage vom 29. Januar 1895 stellte Frau Schindler für sich und ihre Kinder gegen die Jura-Simplon-Bahngesellschaft die Begehren ans Recht:

„1. Die Beklagte sei schuldig, der Klägerin für sich und na„mens sie handelt die ökonomischen Folgen der beim Betriebe der „Jura-Simplon-Bahnunternehmung am 10. Dezember 1893 er„folgten Tötung des Jakob Schindler, gew. Notars in Bern, im „Sinne des Bundesgesetzes betreffend die Haftpflicht der Eisen„bahn- und Dampfschifffahrtsunternehmungen bei Tötungen und „Verletzungen vom 1. Heumonat 1875 Schadenersatz zu leisten, „unter Kostenfolge.

„2. Es sei die Höhe des zu leistenden Schadenersatzes gericht„lich festzustellen und die Beklagte zur Verzinsung des Betrages „vom 10. Dezember 1893 an zu verurteilen, unter Kostenfolge."

Zur Begründung wurde auf den dargelegten Sachverhalt verwiesen, und ferner behauptet: Schindler sei beim Betriebe der beklagten Unternehmung getötet worden. Er sei zur Zeit seines Todes verpflichtet gewesen, der Klägerin Unterhalt zu gewähren und habe von seinem im Moment seines Todes 4000 Fr. betragenden Gehalt wenigstens 3000 Fr. für den Unterhalt seiner Familie verwendet. Der Ausfall entspreche, nach Abstrich von 25 %, einer Kapitalsumme von 39,466 Fr. Die Beklagte bestritt in ihrer Antwort nicht, daß der Tod durch den Eisenbahnbetrieb verursacht worden und daß die Kläger zur Klage aktiv legitimiert seien und verneinte nur, daß Schindler 4000 Fr. verdient und davon 3000 Fr. für seine Familie verwendet habe. Überdies aber wurde selbständig geltend gemacht, der Verunglückte habe seinen Tod selbst verschul-

det und diesbezüglich behauptet: Es müsse angenommen werden, daß Schindler aus dem fahrenden Zuge herausgesprungen sei. Er habe sich noch im Besitze des Billets Neuenburg-Auvernier befunden. Da der Zug bei der ersten Station Serrières vorbeigefahren sei, habe derselbe beim Anhalten in Auvernier glauben mögen, er sei in Serrières, und erst durch das viermalige Pfeifen der Lokomotive bei der Abfahrt des Zuges möge er darauf aufmerksam gemacht worden sein, daß er sich in Auvernier befinde. Es werde dieses Signal nämlich nur von den von Auvernier in das Travers-Thal abgehenden Zügen gegeben, was dem Verunglückten bekannt gewesen sei. Um nun nicht bis zu der ziemlich weit entfernten nächsten Station Noiraigue weiterfahren zu müssen, und gleichen Tags noch zurück nach Cormondrèche zu kommen, habe er wohl beschlossen, sich durch einen Sprung aus dem Wagen aus der unangenehmen Situation zu befreien. Namentlich aber wurde auf den Bericht des Dr. Borel verwiesen, der die ärztlichen Erhebungen an Ort und Stelle besorgt und sich in seinem Befinden vom 11. Dezember 1893 dahin ausgesprochen hatte, er könne sich nach der Lage des Leichnams, der Kleider und des Regenschirms, sowie nach den Verletzungen, den Hergang nur so erklären, daß der Verunglückte aus dem in Bewegung befindlichen Zuge gesprungen sei. Sei aber eine andere Annahme ausgeschlossen, als die behauptete — Sprung aus dem Wagen — so stehe fest, daß das schuldhafte Verhalten des Getöteten die Ursache des Unfalles sei. Demgemäß wurde auf Abweisung der Klage geschlossen. In der Replik wurden die von der Beklagten für ihre Supposition über den Hergang des Unfalls aufgestellten Indizien namentlich insofern zu entkräften versucht, als behauptet wurde, die Billetkontrolle habe sich auf der Station Auvernier im Dezember 1893 am östlichen Ausgange des Bahnhofes gemacht, und es habe deshalb sehr wohl Schindler daselbst aussteigen und ohne an derselben vorbeizukommen den Weg westwärts gegen Cormondrèche einschlagen können; der Verunglückte habe den besondern Signaldienst auf der Station Auvernier nicht gekannt; auch sei derselbe von jeher sehr vorsichtig, fast ängstlich gewesen, so daß nicht anzunehmen sei, daß er je einen Sprung aus einem in Bewegung befindlichen Eisenbahnzug versucht hätte. Klägerschaft stellte sodann

ihrerseits eine andere Vermutung auf, nämlich die, daß Schindler über den kleinen Weg längs dem Geleise den Straßenübergang habe gewinnen wollen, dabei auf dem gefrornen Schnee, unmittelbar bevor der Zug herangekommen, ausgeglitten und so unter denselben geraten sei. Mit den Konstatierungen des Dr. Borel könnte sich diese Vermutung besser vereinigen, als die von der Beklagten aufgestellte, indem bei letzterer namentlich nicht erklärlich wäre, wie Schindler auf den Rücken zu liegen gekommen sein sollte, und weshalb seine Hände ölige Streifen aufgewiesen hätten, und indem auch die Lage der Effekten eher auf ein Ausglitschen nach vorne links am Boden, als auf ein Fallen oder Stürzen von oben herunter schließen ließen. Diese Annahme werde noch unterstützt durch die Entfernung der Unglücksstelle von der Station, indem diese gerade dem Weg entspreche, den ein Mann vom Anhalten des Zuges in Auvernier habe zurücklegen mögen, bis er wieder von demselben eingeholt worden wäre. Auch sei es möglich, daß Schindler, wenn er in Auvernier nicht ausgestiegen sei, sich zum Zwecke der Orientierung auf die Plattform des Wagens begeben habe und dort, sei es infolge Unwohlseins, sei es infolge Ausglitschens oder aus einem andern Grunde vom Zuge gestürzt sei. Es seien somit verschiedene Erklärungen für den Tod Schindlers möglich, und es sei demnach der Hergang unaufgeklärt. In der Duplik gab die Beklagte zu, daß im Dezember 1893 die Billetkontrolle in Auvernier am östlichen Ausgange des Bahnhofes gemacht worden sei. Die Darstellung des Herganges in der Replik betreffend, wurde bemerkt, es möge dieselbe vom Gerichte gewürdigt werden, jedoch sei zu beachten, daß das Betreten des Bahnkörpers verboten gewesen und daß es von Schindler unverantwortlich gewesen wäre, bei finsterer Nacht, mit einem zur Abfahrt bereit stehenden Zuge im Rücken, diesen gefährlichen Weg einzuschlagen, so daß auch bei dieser Annahme der Unfall auf ein Verschulden des Verunglückten selbst zurückgeführt werden müßte. Dem gegenüber war von der Klägerschaft schon in der Replik geltend gemacht worden, daß nach ihrer Annahme Schindler nicht den Bahnkörper betreten, sondern den nebenher führenden Weg eingeschlagen habe, daß beim Bahnhofe Auvernier kein Verbot angebracht gewesen sei, das die Benutzung dieses Weges untersagt

hätte und daß letzterer thatsächlich von vielen Leuten unter den Augen des Bahnpersonals benutzt worden sei, was alles von den Beklagten bestritten wurde.

C. Die erste Instanz, das Amtsgericht Bern, nahm an, Beklagte habe ihre Version über den Hergang des Unfalls nicht bewiesen, weshalb auf diejenige der Klägerschaft abzustellen sei. Bei dieser Annahme müsse sowohl dem Verunglückten als der Bahngesellschaft eine Schuld an dem Unfalle beigemessen werden, und zwar scheine es angemessen, die Beklagte für die Hälfte des Schadens haftbar zu erklären. Die Detailrechnung führte dann auf einen ersatzbedürftigen Betrag von 15,000 Fr. — Gegen das erstinstanzliche Urteil appellierte bloß die Beklagte. Vor der Appellationsinstanz schloß sie auf Abweisung der Klage; immerhin erklärte sie, daß sie gegen den Modus der Berechnung des Schadens im amtsgerichtlichen Urteile an sich nichts einzuwenden habe. Durch Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern vom 12. März 1897 wurde die Appellation verworfen und demgemäß die Beklagte gegenüber der Klägerschaft zu einer Entschädigung von 15,000 Fr. nebst Zins zu 5 % seit 10. Dezember 1893 und zu den 925 Fr. betragenden Prozeßkosten der Klägerschaft verurteilt. Im wesentlichen wurde, unter eingehender Würdigung des Aktenmaterials, bemerkt, daß der Unfall sich mindestens ebensogut auf die von der Klägerschaft dargestellte Weise erklären lasse, als auf die von der Beklagten angenommene, so daß ein Beweis für die Thatsache, aus der einzig das Selbstverschulden des Schindler hergeleitet werden wolle, nicht vorliege. Allerdings habe nun die Klägerschaft als selbständige Behauptung in der Replik aufgestellt, daß der Unfall sich in der Weise ereignet habe, daß Schindler den kleinen Weg vom Bahnhof Auvernier gegen die Straße nach Cormondrèche eingeschlagen habe, hier ausgeglitscht und dabei von dem nachkommenden Zuge überfahren worden sei. Es könne sich fragen, ob diese Behauptung angesichts des § 68, Al. 1 des bernischen Civilprozesses nicht eine unzulässige Klagsverstärkung enthalte, und es müßte dies wohl bejaht werden. Eine andere Frage sei dagegen, ob nicht durch Art. 11 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes auch die im bernischen Prozeß aufgestellte Eventualmaxime durchbrochen werde. Immerhin dürfe dieser Punkt dahingestellt bleiben,

da man auch auf dem von der Klägerschaft in der Replik geschaffenen Boden zu einer Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils gelange. Es sei nämlich in diesem Falle allerdings ein Verschulden des Schindler, aber auch ein solches der Beklagten anzunehmen und infolgedessen der Schaden in der von der ersten Instanz angenommenen Weise zu teilen.

D. Gegen das appellationsgerichtliche Urteil hat die Beklagte rechtzeitig die Berufung an das Bundesgericht erklärt und den Antrag gestellt, es sei in Abänderung desselben die Klage abzuweisen unter Kostenfolge. Heute ist dieser Antrag vom Anwalt der Berufungsklägerin aufgenommen worden, während der Anwalt der Berufungsbeklagten auf Bestätigung des angefochtenen Urteils schloß.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Beklagte bestreitet nicht, daß der Unfall, aus dem der Anspruch hergeleitet wird, bei dem Betriebe ihrer Unternehmung erfolgt und daß die Klägerschaft aktiv zur Klage legitimiert sei. Dagegen erhebt sie derselben gegenüber die Einrede des Selbstverschuldens des Getöteten, und zwar substanziiert sie diese in der Antwort in thatsächlicher Beziehung in der Weise, daß sie behauptet, Schindler sei von dem in Bewegung befindlichen Zuge abgesprungen und dabei getötet worden. Wäre dies entweder durch positiven Beweis oder negativ in der Weise erstellt, daß der Richter aus den Umständen die Überzeugung schöpfen müßte, daß der Unfall sich auf andere Weise nicht habe ereignen können, so wäre allerdings die Einrede des Selbstverschuldens zu schützen. Nun hat aber die Vorinstanz diesen der Beklagten obliegenden Beweis als nicht geleistet erklärt, und hierbei muß es für das Bundesgericht, da es sich um eine Thatfrage handelt, sein Bewenden haben, sofern nicht die Feststellungen aktenwidrig sind oder auf einer bundesgesetzliche Bestimmungen verletzenden Würdigung des Beweisergebnisses beruhen. Ersteres ist nicht behauptet, und trifft auch thatsächlich nicht zu. In letzterer Beziehung aber könnte es sich bloß fragen, ob die Vorinstanz von der Beklagten einen zu schweren, mit den Grundsätzen über Beweispflicht nicht vereinbaren Beweis verlangt habe. Allein auch hievon kann keine Rede sein. Bei dem Standpunkt, den die Beklagte in ihrer Antwort einge-

nommen hat, mußte nämlich in der That, da positiv nicht hergestellt zu werden vermochte, daß sich der Unfall in der behaupteten Weise ereignet habe, von der Beklagten verlangt werden, daß sie die Möglichkeit aller andern vernünftiger Weise denkbaren Erklärungsarten ausschloß. Nur dann könnte der ihr obliegende Beweis des Selbstverschuldens als geleistet betrachtet werden. Die singuläre Ordnung der Beweislast in Art. 2 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes beruht ja eben, zum Teil wenigstens, auf dem Gedanken, daß die Ursache der Unfälle, die sich beim Eisenbahnbetrieb ereignen, nicht immer klar eruiert werden kann, und daß, falls Zweifel bestehen bleiben, diese zu Gunsten des Berechtigten zu lösen seien. Es muß deshalb die beklagte Unternehmung, um sich mit der Einrede des Selbstverschuldens von dem Anspruch zu befreien, dieses in einer Weise dartun, daß beim Richter keinerlei Zweifel mehr darüber bestehen bleiben, wobei freilich nicht auch die entferntesten, physikalisch denkbaren Möglichkeiten ins Auge gefaßt zu werden brauchen, sondern nur diejenigen, welche nach den Verumständungen des Falles vernünftiger Weise überhaupt in Betracht fallen können. Von diesen Grundsätzen ist aber offenbar die Vorinstanz ausgegangen, wenn sie prüfte, ob neben der Supposition der Beklagten nicht auch noch andere Möglichkeiten der Erklärung des Unfalls bestehen bleiben und wenn sie, da sie dies bejahen zu müssen glaubte, den Beweis des Selbstverschuldens als nicht geleistet erklärte. Es kann auch nicht gesagt werden, der Appellationshof habe in aktenwidriger oder rechtsirrtümlicher Weise angenommen, daß die von der Klägerschaft in der Replik versuchte Erklärung des Unfalls nicht ausgeschlossen sei, ja sich mindestens gleichwertig neben diejenige der Beklagten stelle. Insbesondere kann ihr daraus ein begründeter Vorwurf nicht gemacht werden, daß sie den Bericht des Dr. Borel, der sich im Sinne der Supposition der Beklagten ausgesprochen hatte, nicht als maßgebend ins Gewicht fallen ließ. Es handelte sich dabei keineswegs um Fragen, die nur von einem Arzte beantwortet werden könnten; vielmehr lag das Urteil darüber, wie nach allen Verumständungen, darunter allerdings auch den vom Arzte konstatierten Momenten, der Unfall zu erklären sei, völlig im Bereiche des auch nicht mit besonderen medizinischen Kenntnissen ausgestatteten Richters. Zudem hat Dr.

Borel bei seiner Einvernahme vor Gericht ausdrücklich erklärt, er habe bei der Abgabe seines Berichtes nur an zwei Möglichkeiten gedacht, entweder daß Schindler von dem in Bewegung befindlichen Zuge abgesprungen, oder daß er, neben dem Geleise einherschreitend, von hinten vom Zuge erfaßt worden sei, er müsse nun aber, nachdem ihm auch die Eventualität des Ausglitschens vorgeführt worden sei, nach nochmaliger Durchsicht seines Berichtes, auch letztere Möglichkeit zugeben. Angesichts dieser Aussage konnte um so weniger der im mehrerwähnten Bericht niedergelegten Auffassung des Dr. Borel entscheidende Bedeutung beigemessen werden. Danach muß aber schon aus diesem Grunde, nach den für das Bundesgericht verbindlichen thatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz, das Urteil derselben grundsätzlich bestätigt werden.

2. Freilich hat nun die Beklagte in der Duplik und im fernern Verlauf des Prozesses ihren Standpunkt insofern verändert, als sie auch auf die von der Klägerschaft versuchte Erklärung des Unfalls eingetreten, dieser gegenüber aber wieder den Einwand erhoben hat, es involviere dieselbe ein Selbstverschulden des Verunglückten. Die Vorinstanz hegt aus prozessualischen Gründen Bedenken, den Parteien auf diesen Boden zu folgen, da die fragliche Behauptung der Beklagten eine nach bernischem Prozeßrecht unzulässige Klagsverstärkung enthalte. Würde es sich nun wirklich um eine Veränderung des Klagefundaments handeln, so wären diese Bedenken wohl gerechtfertigt, da kaum gesagt werden kann, daß das prozeßrechtliche Verbot der Klageänderung- und Verstärkung mit dem in Art. 11 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes aufgestellten Grundsatze der freien Beweiswürdigung im Widerspruch stehe. Allein man hat es hier doch nicht mit einer Veränderung des Klagfundamentes, sondern bloß mit einem Gegenbeweis gegen den in der Antwort versuchten Beweis über den Hergang des Unfalls durch Aufstellung einer andern, als der dort behaupteten Hypothese zu thun. Fraglicher wäre es, ob dieser Supposition gegenüber duplicando die Einrede des Selbstverschuldens noch habe erhoben werden dürfen. Allein wenn dies auch bejaht und weiter angenommen wird, es sei dieser Einwand begründet, so bleibt doch in dem der Beklagten auffallenden Beweisthema eine Lücke, die zur Verwerfung ihres Standpunktes führen muß. Es hat nämlich die Klägerschaft in der Replik nicht nur eine von derjenigen der

Beklagten abweichende Erklärung versucht, sondern weiter die Möglichkeit angeführt, es möchte der Verunglückte auf die Plattform des Wagens, in dem er sich befand, hinausgetreten und dann infolge plötzlichen Unwohlseins oder Ausglitschens oder aus einem andern Grunde vom Zuge heruntergefallen sein. Diese Vermutung liegt nicht völlig außerhalb des Bereichs der vernünftiger Weise denkbaren Möglichkeiten und wird durch die Verumständungen keineswegs in zwingender Weise ausgeschlossen. Daß aber auch unter einer derartigen Annahme der Unfall auf ein Verschulden des Getöteten zurückzuführen sei, ist von der Beklagten nirgends behauptet worden. Es verbleibt also immer noch mindestens eine Erklärungsmöglichkeit, bei der, prozessualisch wenigstens, von einer Schuld des Opfers des Unfalls nicht gesprochen werden kann. Bei dieser Sachlage muß aber nach den bereits entwickelten Grundsätzen über die die Beklagte treffende Beweispflicht der Beweis des Selbstverschuldens als nicht geleistet betrachtet werden.

3. Was die Höhe der Entschädigung betrifft, so hat der bernische Appellationshof daraus, daß die Klägerin gegen das erstinstanzliche Urteil nicht appelliert und daß die Beklagte vor der obern kantonalen Instanz die Erklärung abgegeben hat, gegen den Modus der Berechnung des Schadens im amtsgerichtlichen Urteil habe sie nichts einzuwenden, geschlossen, daß die Parteien eventuell mit dem Betrag der zugesprochenen Entschädigung einverstanden seien. Diese auf prozeßrechtlichen Erwägungen beruhende Feststellung hat das Bundesgericht anzunehmen. Überdies hat die Beklagte auch in der Berufungserklärung an das Bundesgericht mit Bezug auf das Quantitativ der zugesprochenen Entschädigung keinerlei eventuelle Anträge gestellt und es ist auch deshalb hierauf nicht näher einzutreten (vergl. das Urteil des Bundesgerichts in Sachen Hitz & Cie. gegen Pagani vom 25. Februar 1897).

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Berufung der Beklagten wird abgewiesen und das angefochtene Urteil des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern in allen Teilen bestätigt.

VI. Fabrik- und Handelsmarken.
Marques de fabrique.

97. Urteil vom 9. April 1897 in Sachen Eichenberger & Cie. gegen Liewen.

A. Mit Urteil vom 18. Januar 1897 hat das Handelsgericht des Kantons Aargau erkannt: Die Kläger werden mit ihrer Klage abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil erklärten die Kläger rechtzeitig die Berufung an das Bundesgericht, indem sie beantragten:

es sei in Abänderung des handelsgerichtlichen Urteils den Klägern der Klageschluß zuzusprechen,

eventuell seien vor Ausfällung des Endurteils die Akten zu ergänzen

a. durch Aufnahme des in der Klageschrift beantragten Zeugen- und Sachverständigenbeweises dafür, daß die fragliche Cigarre nur unter der Marke Téléphone den Kunden geliefert und bei diesen auch im Detail von den Rauchern meist unter diesem Namen verlangt werde;

b. durch Erhebung des daselbst beantragten Beweises für das Quantitativ des erlittenen Schadens;

ganz eventuell sei das handelsgerichtliche Urteil aufzuheben und die Sache zur Aktenvervollständigung im Sinne des eventuellen Begehrens und zu neuer Entscheidung an das aargauische Handelsgericht zurückzuweisen.

Der Beklagte trug auf Bestätigung des angefochtenen Urteils an.

C. In der heutigen Verhandlung wiederholen die Parteivertreter ihre schriftlich gestellten Anträge.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Am 25. Mai 1891 deponierten die Kläger, Cigarrenfabrikanten in Menziken, Kanton Aargau, beim eidgenössischen Amt für geistiges Eigentum eine zur Bezeichnung von „Cigarren deut-

scher Façon" bestimmte Marke, bestehend aus zwei besonders eingezeichneten Feldern, von denen das obere, kleinere, ein Rechteck bildet, welches einzig das Wort Téléphone enthält, während das untere, größere, ein Quadrat bildende, eine sitzende weibliche Figur mit einem Telephonapparat in sich schließt. Diese Marke wird von den Klägern in der Weise auf ihren Cigarrenkisten angebracht, daß das obere Feld mit dem Wort Téléphone auf den Deckel zu liegen kommt, das untere Feld dagegen die anschließende Stirnseite der Kisten bedeckt. Ferner ist das Wort Téléphone, sowie ein Telephonapparat in das auf dem obern Deckel des Kistchens befindliche Brandzeichen aufgenommen.

Im Juli 1896 erhoben die Kläger bei der aargauischen Staatsanwaltschaft gegen den heutigen Beklagten Strafklage wegen Verletzung ihres Markenrechts, weil dieser eine ganz gleiche, oder doch höchst ähnliche Cigarrensorte unter der Marke „Telephon" verkaufe. Sie führten in der Denunziationsschrift aus: Freilich sei das Bild, von welchem das Wort „Telephon" auf der Marke des Beklagten umrahmt werde, ein anderes als das der Kläger; allein darauf komme es nicht an, weil das Wort „Telephon" die Hauptsache sei und die Kläger nur gegen den Gebrauch dieses Wortes klagen; der Beklagte habe das Wort „Telephon" auch in das auf dem Deckel des Kistchens sich befindende Brandzeichen aufgenommen und dieses zudem mit der Phantasiefirma Ramon Rimero y C^ia^ geschmückt. Bei der beim Beklagten vorgenommenen Haussuchung wurden gefunden: erstens eine ebenfalls aus zwei Feldern, einem kleineren, obern, rechteckigen und einem größern, untern, beinahe quadratförmigen, bestehende Etiquette, deren oberes Feld die Worte:

Telephon
fabrica de tabacos
de
Ramon Rimero y C^ia^

enthält, während das untere Feld eine von Gewölk umgebene, mit einem Chiton bekleidete weibliche Figur, die einen Telephonapparat in den Händen hält, und in jeder Ecke ein nacktes Kind mit einem Telephonapparat darstellt; zweitens: drei je ein eingerahmtes Quadrat bildende Etiquetten; sie haben roten Grund, in

der Mitte blaues Feld, über diesem letztern eine Krone, zur Seite derselben zwei spanische Wappen, zwischen diesen die Worte esquisitos tabacos, unter dem blauen Feld auf jeder Seite vier goldene Medaillen und zwischen diesen die Worte hechos expresamente para personas de gusto; diese drei Etiquetten unterscheiden sich nur dadurch, daß die eine auf dem blauen Grund das Wort Téléphon, die andere das Wort la delicado, die dritte endlich das Wort ultra marina enthält, jeweilen in schwarzer Schrift. Die erstgenannte Etiquette hat der Beklagte von Casten & Suhling, lithographische Anstalt und Etiquettenfabrik, in Bremen, die drei letzterwähnten von Gebrüder Klingenberg in Detmold bezogen. Der Beklagte bestritt, sich einer Verletzung des klägerischen Markenrechts schuldig gemacht zu haben, indem er sich auf den Standpunkt stellte, die Bezeichnung „Telephon" für Cigarren sei Gemeingut, und die von ihm angewendete Verpackung sei im übrigen so verschieden von der klägerischen, daß eine Verwechslung unmöglich sei. Durch Verfügung vom 17. August 1896 stellte die Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau die Untersuchung ein, mit der Motivierung, aus einer (vom Beklagten in beglaubigter Abschrift zu den Akten gelegten) Zuschrift der Firma Casten & Suhling, d. d. 27. Juli 1896, gehe hervor, daß diese Firma die auf den Cigarrenkistchen des Beanzeigten befindliche Telephon-Etiquette und das entsprechende Brandzeichen selbst erfunden habe und seit 10 Jahren an Cigarrenfabrikanten verkaufe, ferner, daß diese Bezeichnung auf Etiquette und Brandzeichen in Deutschland schon seit dem Jahre 1886 gesetzlichen Schutz genieße, endlich, daß der Beanzeigte die Etiquette und das Brandzeichen einfach von der genannten Firma angekauft habe, ohne daß er auf die Herstellung der genannten Zeichen irgend welchen Einfluß ausgeübt hätte.

Die Kläger verlangten nach dieser Verfügung anfänglich die Überweisung an das Zuchtpolizeigericht; mit Eingabe vom 19. September 1896 zogen sie jedoch dieses Begehren zurück, indem sie sich vorbehielten, gegen Liewen auf dem Civilwege weiter vorzugehen.

Mit Eingabe vom 6. Oktober 1896 stellten die Kläger nunmehr beim Handelsgerichte des Kantons Aargau folgende Klage:

„1. Es sei der Beklagte pflichtig zu erklären, die weitere Verwendung der Wortmarke „Telephon" für Cigarren zu unterlassen;

2. es sei derselbe zu einer Entschädigung von 500 Fr. samt Zins zu 5 % von Einlegung der Klage an (richterliche und Sachverständigenfeststellung vorbehalten) zu verfällen, alles unter Kostenfolge."

Zur Begründung ihrer Klage brachten sie in erster Linie die schon in der Denunziationsschrift angeführten Argumente vor, indem sie namentlich betonten, bei der fraglichen Marke sei das Wort „Telephon" die Hauptsache, die fraglichen Cigarren werden nur unter diesem Namen verkauft. Hiefür beriefen sie sich auf Briefe von Kunden und trugen auf Zeugen- und Sachverständigenbeweis an. Sie anerkannten weder den Inhalt noch die Beweiskraft der Zuschrift von Casten & Suhling vom 27. Juli 1896. Das Quantitativ der Entschädigung berechneten sie folgendermaßen: Der Beklagte habe bisher wenigstens 50,000 Stück Telephon-Cigarren verkauft. 50,000 Stück werden zu 70 Fr. per Tausend, zusammen also zu 3500 Fr. verkauft, bei einem Gewinnansatz von 15 % ergebe sich also Gewinn 525 Fr.; mindestens um diesen Betrag seien die Kläger geschädigt worden. Hiefür beriefen sie sich auf Sachverständige und auf Parteibefragung.

Der Beklagte trug auf Abweisung der Klage unter Kostenfolge an, im wesentlichen unter folgender Begründung: Kopfcigarren sei die in der Schweiz am meisten verbreitete Cigarrenform. Der Name „Telephon" sei ein Name, der irgend einer Cigarre gegegeben werde, und keineswegs neu. Die Kläger haben überdies nicht das Wort „Telephon" schützen lassen. Das frühere Markenschutzgesetz, unter dem die Eintragung stattgefunden, habe Wortmarken überhaupt nicht gekannt; die Kläger haben also nur das Gesamtzeichen schützen können. Ferner sei das Wort „Telephon", in Verbindung mit den übrigen Bestandteilen der Marke, Qualitätsbezeichnung. Das Gesamtbild der Marke, auf das es allein ankomme, sei total verschieden. Ein illoyales Verhalten des Beklagten liege überall nicht vor. Was das Quantitativ der Schadenersatzforderung betrifft, so gab der Beklagte zu, etwa 45,000 Stück „Telephon-Cigarren" verkauft zu haben, bestritt dagegen,

daß die Kläger durch diese Thatsache einen Schaden erlitten haben.

Die Vorinstanz ging bei ihrem eingangs sub Fakt. A mitgeteilten Urteile im wesentlichen von folgenden Gesichtspunkten aus: Gegenstand der Eintragung habe, da sie noch unter dem Markenschutzgesetz vom 19. Dezember 1879 stattgefunden, nicht das Wort „Telephon", sondern nur die Marke als ganzes sein können; soweit diese Eintragung sich erstrecke, soweit reiche auch der Schutz. Übrigens sei die Marke auch nach dem gegenwärtig geltenden Gesetze als gemischte Marke anzusehen. Demnach komme es darauf an, ob das Gesamtbild der vom Beklagten verwendeten Marke dem Gesamtbilde der klägerischen Etiquette täuschend ähnlich sei. Dieses sei schlechthin zu verneinen. Auf das Wort „Telephon" sei kein Gewicht zu legen, es könne nicht als wesentlicher Bestandteil der Marke bezeichnet werden. Qualitätsbezeichnung sei das Wort „Telephon" allerdings nicht, ebenso wenig Gemeingut.

2. Was zunächst die Frage der Zulässigkeit der einzelnen Berufungsbegehren der Kläger betrifft, so kann dieselbe nur bezüglich des Haupt- und des subeventuellen Antrages bejaht werden, nicht dagegen bezüglich des eventuellen Antrages betreffend Aktenergänzung durch das Bundesgericht; denn nach Art. 82, Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege dürfen Ergänzungen der Akten nur vom kantonalen Gericht, nicht vom Bundesgericht vorgenommen werden. Sofern daher eine Vervollständigung der Akten durch Erhebung weiterer Beweise notwendig wäre, müßte das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache zur Aktenvervollständigung und zu neuer Entscheidung an das kantonale Gericht zurückgewiesen werden.

3. Der Vorinstanz ist darin beizustimmen, daß die klägerische Marke keine reine Wortmarke, sondern eine kombinierte Marke ist. Richtig und von den Klägern zugegeben ist ferner, daß das Gesamtbild der Marke des Beklagten verschieden von demjenigen der Kläger ist und daß eine Täuschung hiedurch ausgeschlossen ist. Dagegen hat das angefochtene Urteil den Standpunkt der Kläger nicht genügend gewürdigt, das Wort „Telephon" sei gerade die Hauptsache, das wesentlichste und charakteristische der Marke; gerade die Nachmachung dieses Wortes bilde die Markenrechtsverletzung. Dieser Standpunkt ist näher zu prüfen. Denn wie

das Bundesgericht in Sachen Grézier c. Bonnet & Cie. ausgesprochen hat (s. Revue des Bundescivilrechts, Bd. XV, Nr. 11), entscheidet allerdings in der Regel darüber, ob zwei Marken täuschend ähnlich seien, deren Gesamtbild; wenn indeß feststeht, daß das kaufende Publikum vorwiegend bloß auf einzelne, wesentliche und charakteristische Merkmale einer Marke Gewicht legt, so muß hierauf bei der Entscheidung Rücksicht genommen werden. Dabei ist es unerheblich, ob die Eintragung unter der Herrschaft des alten oder unter derjenigen des neuen Gesetzes stattgefunden hat; denn unbestrittenermaßen sind die eingeklagten angeblichen Markenrechtsverletzungen unter dem neuen Gesetze erfolgt, und gegenüber solchen Verletzungen kann der Markenberechtigte nur den Schutz, aber auch den vollen Schutz des neuen Gesetzes beanspruchen, ohne alle Rücksicht auf den Umfang, in welchem die Marke, speziell auch das sprachliche Element derselben, nach dem alten Gesetze geschützt war.

4. Der Beklagte hat nun mit Recht nicht bestritten, daß der Name „Telephon" für Cigarren an sich ein Phantasiename sei; dagegen hat er in erster Linie eingewendet, jenes Wort sei zur Bezeichnung von Cigarren Gemeingut geworden, indem dasselbe lange vor 1891 wenigstens in Deutschland allgemein zur Benennung deutscher Kopfcigarren verwendet worden sei. Wäre diese Behauptung richtig, so könnten die Kläger allerdings gerade für diesen Bestandteil ihrer Marke den gesetzlichen Schutz nicht beanspruchen, da Worte oder Zeichen, welche Gemeingut, Freizeichen, geworden sind, zwar allerdings in Verbindung mit anderen, sprachlichen oder figurativen, Elementen zur Individualmarke gemacht werden können, aber auch in solcher Verbindung für sich allein, bezw. als wesentlicher Bestandteil der Individualmarke des gesetzlichen Schutzes nicht fähig sind (vgl. Revue des Bundescivilrechts, Bd. XV, Nr. 11). Der Beweis für die Richtigkeit jener Behauptung, die sich als Geltendmachung eines selbständigen Verteidigungsmittels, einer Einrede, qualifiziert, liegt dem Beklagten ob; die Kläger sind die ersten Hinterleger der Marke „Telephon" in der Schweiz, und es greift daher die Vermutung des Art. 5 Markenschutzgesetz Platz. Zur Leistung desselben hat der Beklagte sich lediglich darauf berufen, daß verschiedene Eti-

quettenfabrikanten schon vor 1891 für Cigarren bestimmte Etiquetten, die mit dem Worte „Telephon" versehen gewesen seien, verkauft haben. Die Vorinstanz nimmt nun an, daß in Deutschland die Bezeichnung „Telephon" für Cigarrensorten mehrfach vorkomme; dagegen erachtet sie nicht als bewiesen, daß jener Name für Cigarren Gemeingut oder Freizeichen geworden sei, d. h. sich vor dem Jahre 1891 im freien Gebrauch gewisser größerer und maßgebender Kreise befunden habe, sei es um die Qualität, Beschaffenheit der Waare, oder deren Herkunft von einem gewissen Ort, — im Gegensatz zu einem speziellen Fabrikanten oder Kaufmann, — zu bezeichnen. Auf Grund der vorliegenden Akten aber ist selbst jene thatsächliche Feststellung, die Bezeichnung „Telephon" komme in Deutschland für Cigarrensorten mehrfach vor, als weitgehend anzusehen. Für die Behauptung des Beklagten liegt nichts vor, als der Brief der Firma Casten & Suhling vom 27. Juli 1896; nun ist aber diese Firma Inhaberin einer Lithographieanstalt und Etiquettenfabrik; ebenso die Firmen Gebr. Klingenberg und Hermann Schött, auf welche sich der Beklagte weiterhin für seine Behauptung berufen hat. Diese Firmen können natürlich nicht beweisen, daß der Name „Telephon" für Cigarren einer bestimmten Sorte allgemein verwendet werde, ja es ist vom Beklagten nicht einmal der Beweis versucht, daß diese Firmen an andere Cigarrenfabrikanten oder -händler jene Etiquetten mit dem Worte „Telephon" verkauft haben. Daß endlich der Name „Telephon" in der Schweiz nicht Gemeingut für Cigarren geworden ist, braucht nicht weiter erörtert zu werden angesichts der diesbezüglichen thatsächlichen Feststellung der Vorinstanz, die durchaus aktengemäß ist. Daß der in zweiter Linie geltend gemachte Standpunkt des Beklagten, die figurativen Bestandteile der Marke in Verbindung mit dem Worte „Telephon" beweisen, dieses Wort bezeichne eine bestimmte Qualität Cigarren, unhaltbar ist, leuchtet ohne weiteres ein; das Wort „Telephon", mit den figurativen Bestandteilen, oder ohne diese, ist für die Bezeichnung von Cigarren offenbar ein reiner Phantasiename, der weder zur Art und zum Orte der Herstellung, noch zur Beschaffenheit der Ware in irgendwelcher Beziehung steht.

5. Es fragt sich sonach in prinzipieller Hinsicht gemäß dem in

Erwägung 3 gesagten nur noch, ob das Wort „Telephon" einen so wesentlichen, selbständigen uud charakteristischen Bestandteil der klägerischen Marke bildet, daß dessen Aufnahme in die vom Beklagten verwendete Etiquette, sowie in das Brandzeichen auf den Cigarrenkistchen des Beklagten die Gefahr einer Täuschung des Publikums zum Nachteile der Kläger begründe. Hierüber ist zu sagen: Bei kombinierten, d. h. aus sprachlichen und aus figurativen Bestandteilen bestehenden Marken ist betreffend die sprachlichen Bestandteile zu unterscheiden zwischen solchen Worten, welche auch zu selbständiger Verwendung als Wortmarke, zur Benennung, zur Herkunftsbezeichnung einer Ware geeignet sind, und solchen, bei denen dies nicht der Fall ist. Während die sprachlichen Bestandteile letzterer Art gleichwie die figurativen Marken nur als Bild wirken und nur als solches, in Verbindung mit den figurativen Bestandteilen, geschützt werden, verhält es sich mit der Wortmarke und den Benennungen anders; sie gehören der Sprache an und genießen den sprachlichen Schutz; durch die Sprache, durch das Ohr, prägen sich diese Marken dem Gedächtnisse des Abnehmers der damit versehenen Ware ein; das Wort erscheint daher hier als dasjenige, worauf der Abnehmer in erster Linie achtet; er bestellt die Ware mit ihrem Namen; dieser ist also gerade das wesentliche und charakteristische an einer derartigen Marke, während die figurativen Bestandteile nur dekoratives Beiwerk bilden und im Gedächtnis des Abnehmers nicht haften bleiben. (Vgl. Kohler in der Zeitschrift für gewerbl. Rechtsschutz, Jahrgang II, S. 7 ff.). Von diesem Standpunkte aus nun erscheint in concreto der Name „Telephon" das wesentliche und charakteristische an der Marke der Kläger; die figurativen Bestandteile sind schmückendes Beiwerk, auf das die Kunden nicht achten; der Name „Telephon" dagegen bleibt ihnen im Gedächtnis; er ist gleichsam das Schlagwort, unter dem die Cigarren in den Handel gebracht werden. Daß dem so ist, erhellt schon aus der gegenwärtigen Aktenlage, aus den von den Klägern zu den Akten gebrachten Briefen von verschiedenen ihrer Kunden, und liegt zudem in der Natur der Sache, so daß die Abnahme des von den Klägern dafür ausdrücklich anerbotenen Beweises überflüssig erscheint.

Ist nach dem Gesagten die Bezeichnung „Telephon" der wesentliche und charakteristische Bestandteil der klägerischen Marke, so enthält die Aufnahme dieses Wortes in die vom Beklagten verwendeten Etiquetten und in das auf seinen Cigarrenkistchen angebrachte Brandzeichen einen Eingriff in das Markenrecht der Kläger; die Gefahr einer Verwechslung, einer Täuschung des Publikums zum Nachteile der Kläger ist da. Berücksichtigt man, daß der Beklagte das Wort „Telephon" unbestrittenermaßen erst seit 1891 auf der Verpackung seiner Cigarren verwendet, und daß ihm, da er mit den Verhältnissen des Cigarrenmarktes vollständig vertraut ist, die Existenz der klägerischen Marke nicht unbekannt sein konnte, so ist zum mindesten die Fahrlässigkeit des Beklagten hergestellt und also auch das subjektive Erfordernis einer Schadenersatzklage wegen Verletzung des Markenrechtes gegeben.

6. Eine Markenrechtsverletzung liegt indeß nur soweit vor, als das Wort „Telephon" auf der Verpackung der Ware der Beklagten angebracht ist; denn nur auf solche Zeichen, die auf der Ware selbst oder deren Verpackung in beliebiger Weise angebracht sind, erstreckt sich gemäß Art. 1, Nr. 2 der spezielle Schutz des Markenschutzgesetzes. Soweit dagegen — im Detailverkauf — einzelne Cigarren unter dem Namen „Telephon" an die Kunden abgegeben werden, liegt in der mißbräuchlichen Verwendung dieses Wortes durch den Beklagten ein Akt der concurrence déloyale, ein Eingriff in das Individualrecht der Kläger an der Bezeichnung „Telephon" für Cigarren ihrer Fabrikation, der geeignet ist, eine Täuschung des Publikums zum Nachteile der Kläger herbeizuführen. Zwar haben sich die Kläger nicht ausdrücklich auf diesen Standpunkt gestellt, bezw. nicht neben dem Markenschutzgesetz noch die die concurrence déloyale regelnden Art. 50 ff. O.-R. angerufen; allein sie haben alle thatsächlichen Voraussetzungen, unter denen eine Klage aus concurrence déloyale gutzuheißen ist, dargelegt, so daß das Gericht nur noch das Gesetz auf diese Thatsachen anzuwenden hat. Auch liegt nicht etwa vor, daß das Handelsgericht des Kantons Aargau nur ausschließlich zur Beurteilung von Klagen aus dem Markenrechtsschutzgesetz, nicht aber solcher aus unerlaubten Handlungen, die sich auf den-

selben Thatbestand gründen, kompetent sei, so daß das Bundesgericht aus diesem Grunde auf die Frage, ob in der Handlungsweise des Beklagten concurrence déloyale liege, nicht eintreten dürfte. Die Klage erscheint demnach auch von diesem Gesichtspunkte aus als begründet.

7. Nach dem vorstehend Ausgeführten ist zunächst das erste Rechtsbegehren der Kläger ohne weiteres gutzuheißen, da eine Klage auf Unterlassung der Verwendung eines — durch die Anwendung eine Markenrechts- oder sonstige Individualrechtsverletzung involvierenden — Wortes nach feststehender bundesgerichtlicher Praxis zulässig ist. Was das Schadensersatzbegehren betrifft, so entscheidet hierüber gemäß Art. 51 O.-R., der hier, da das Markenschutzgesetz keine diesbezüglichen speziellen Vorschriften enthält, als lex generalis Anwendung findet, freies richterliches Ermessen. In Rücksicht darauf, daß der Beklagte zugestandenermaßen circa 45,000 Stück „Telephon"-Cigarren verkauft hat, daß ferner zwar nicht nachgewiesen ist, daß die Kläger ohne die Handlungsweise des Beklagten ebenso viel mehr verkauft hätten, daß dagegen ein solcher Nachweis überhaupt nicht wohl möglich ist, irgend welcher Schaden aber den Klägern entstanden sein muß, erscheint es als angemessen, den zu ersetzenden Schaden auf 200 Fr. festzusetzen.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Berufung der Kläger wird als begründet erklärt und das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 18. Januar 1897 dahin abgeändert, daß

a. der Beklagte die weitere Verwendung der Marke „Telephon" für Cigarren zu unterlassen hat;

b. derselbe verpflichtet ist, den Klägern 200 Fr. nebst Zins zu 5 % von Einlegung der Klage an zu bezahlen;

c. die Kosten der kantonalen Instanz dem Beklagten auferlegt werden und er verpflichtet ist, den Klägern die ihnen dort erwachsenen Kosten nach Maßgabe der Feststellung des kantonalen Gerichts zu ersetzen.

V. Obligationenrecht. — Code des obligations.

98. Urteil vom 2. April 1897 in Sachen Zürcher Telephongesellschaft gegen Grüninger.

A. Durch Urteil vom 28. und 29. Januar 1897 hat das Obergericht des Kantons Glarus erkannt: Die Beklagte ist pflichtig erklärt, dem Kläger dahin und daweg eine Entschädigung von 1500 Fr., Wert heute, zu bezahlen.

B. Gegen dieses, ihm am 3. Februar 1897 mitgeteilte Urteil hat der Anwalt der Beklagten mit Eingabe vom 18. Februar die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Antrag, das Urteil aufzuheben und die Klage gänzlich abzuweisen. Mit Bezug auf die prozessuale Behandlung werden sodann noch folgende Anträge gestellt:

1. Daß die vom Kläger in erster Instanz produzierten Akten eingefordert werden.

2. Daß die Protokolle der Zeugeneinvernahmen von der Vorinstanz eingefordert und eröffnet und den Parteien zur Einsicht gestellt werden.

3. Daß sodann eine mündliche Verhandlung angesetzt werde.

4. Daß die Kosten der Vorladungen und Einvernahme der Zeugen zu den gerichtlichen Kosten gerechnet werden.

5. Eventuell, daß die weiter anerbotenen Beweise (Zeugen und Expertise) noch abgenommen werden.

Zur Begründung dieser Berufung reichte der Anwalt der Beklagten eine vom 20. Februar datierte und laut Postbescheinigung am gleichen Tage zur Post abgegebene Rechtsschrift ein.

Mit Eingabe vom 21. Februar erklärt der Anwalt des Klägers:

1. Er wahre sich alle Rechte, welche aus der Nichterfüllung der Vorschrift des Art. 67 Al. 4 des Organisationsgesetzes betreffend die Bundesrechtspflege abgeleitet werden können.

2. Sodann mache er darauf aufmerksam, daß die Protokolle der Zeugeneinvernahmen, welche die Beklagte produziert habe,

keinen Bestandteil der Akten bilden, weil die kantonalen Gerichte nach dem kantonalen Verfahren die Einvernahme von Zeugen überhaupt abgelehnt, und deshalb diese Protokolle nicht geöffnet haben. Diese Zeugeneinvernahmen dürfen also dem Bundesgerichte nicht übermitttelt werden.

3. Endlich beantrage er Abweisung aller Begehren der Beklagten.

4. Eventuell verlange er, daß die Beklagte verhalten werde, die Protokolle ihrer Generalversammlungen, ihres Verwaltungsrates und ihres Direktionskomites vom Juli 1894 bis Juli 1895 in extenso im Original zu produzieren.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Form und Frist des Rechtsmittels der Berufung ist gewahrt. Laut Bescheinigung der Obergerichtskanzlei Glarus ist das angefochtene Urteil der beklagten Partei am 3. Februar d. J. zugestellt worden, ebenso ist durch die von der Beklagten produzierte Postbescheinigung festgestellt, daß sowohl die Berufungserklärung, als die begründende Rechtsschrift innerhalb der für die Einlegung der Berufung vorgeschriebenen zwanzigtägigen Frist zur Post gegeben worden sind. Darin, daß die Rechtsschrift nicht gleichzeitig mit der Berufungserklärung eingereicht worden ist, kann eine Verletzung der für die Einlegung der Berufung vorgeschriebenen Form nicht erblickt werden. Der Vorschrift des Art. 67 Abs. 4 Org.-Ges. ist Genüge gethan, sofern die daselbst geforderte Rechtsschrift nur innerhalb der Berufungsfrist eingereicht wird, und dies ist in casu, wie bemerkt, geschehen. Da ferner die Streitsache nach eidgenössischem Rechte zu entscheiden ist, und der Streitwert nach Maßgabe der von den Parteien in Klage und Antwort vor dem erstinstanzlichen Gerichte angebrachten Rechtsbegehren mindestens 2000 Fr. beträgt, sind auch die materiellen Voraussetzungen des Rechtsmittels vorhanden.

2. In thatsächlicher Beziehung ist aus den Akten und den Feststellungen der Vorinstanz hervorzuheben: Durch Vertrag vom 11. August 1894 übernahm der Kläger die Stelle eines Direktors der beklagten Aktiengesellschaft, die er auch bereits am 15. gl. Mts. angetreten hat. Der Vertrag war für beide Teile jederzeit auf 6 Monate kündbar. Als Honorar war dem Kläger zu-

gesichert: ein Gehalt von 400 Fr. monatlich, eine Provision von 3 ‰ des Absatzes und eine Tantieme von 3 % vom jährlichen Reingewinn. Nachdem die beklagte Gesellschaft auf Antrag des Klägers einen Miet- und Kaufvertrag über die Rietmann'sche Maschinenfabrik in Netstal abgeschlossen, und in den Monaten Dezember 1894 und Januar 1895 der Umzug ihres Geschäftes von Zürich nach Netstal erfolgt war, trat zwischen dem Direktionskomite der Beklagten und dem Kläger eine Spannung ein, als deren Grund die Vorinstanz die Thatsache bezeichnet, daß der Kläger bezüglich der Berechnung der Kosten der Übersiedelung und der Installation der Fabrik in Netstal, sowie der Aufstellung des Inventars eine gewisse Unfähigkeit, und in der Behandlung von Angestellten des Etablissements Mangel an Takt an den Tag gelegt habe. Infolge seines Verhaltens reichten die Ingenieure Schneider und Strehlin im April 1895 ihre Dienstkündigung ein. Als am 24. Mai 1895 der Kläger sich an Oberingenieur Schneider thätlich vergriff, wurde er vom Präsidenten des Verwaltungsrates der beklagten Gesellschaft am gleichen Tage telegrahisch aufgefordert, seine Thätigkeit in der Fabrik einzustellen. Der Kläger protestierte gegen diese sofortige Entlassung, und belangte, da sein Protest wirkungslos blieb, die Beklagte wegen Verletzung des Dienstvertrages auf Bezahlung einer Entschädigungsforderung von 2899 Fr. 85 Cts., nämlich 79 Fr. 85 Cts. Gehalt für die Zeit vom 24.—31. Mai (unter Verrechnung mit Anderem), 2400 Fr. Gehalt für weitere 6 Monate und 420 Fr. Tantieme 3 ‰ des Absatzes von 114,000 Fr. in der Zeit vom 1. Januar 1895 bis zur Entlassung. Die Beklagte bestritt die Forderung gänzlich, da ihr wichtige Gründe zur sofortigen Entlassung des Klägers zur Seite gestanden haben. Zur Begründung dieses Standpunktes führte sie eine Reihe von Thatsachen an, aus welchen sich die Unfähigkeit des Klägers zur Bekleidung der Stelle ergebe. So machte sie z. B. geltend, der Kläger habe versichert, daß die Kosten der Verlegung des Geschäftes 1500 bis 2000 Fr. betragen werden, während dieselben bis Ende Mai 1895 auf 25,849 Fr. 45 Cts. angestiegen seien (ohne die Umzugskosten im engern Sinne, Frachten 2c., mit 5720 Fr. 47 Cts. und die Anschaffungen an Werkzeugen und

Maschinen mit 14,471 Fr. 20 Cts.). Im Verwaltungsrate habe der Kläger erklärt, daß in der Rietmannschen Fabrik Alles in gutem Zustand und brauchbar sei; später habe sich herausgestellt, daß die Dampfmaschine unbrauchbar und die Turbine ruiniert gewesen sei. Auch bei der Installation in Netstal habe der Kläger sich vieler grober Verstöße schuldig gemacht (wofür eine Reihe einzelner Thatsachen angeführt werden). Sodann habe der Kläger das Geschäft vernachlässigt; entgegen seiner in der Sitzung des Direktionskomite vom 12. Oktober 1894 abgegebenen Erklärung habe er über die in Netstal mietweise übernommenen Maschinen kein Inventar aufgenommen. Als der Kläger den Umzug angeordnet habe, sei in Netstal noch nichts eingerichtet gewesen; auch bei der Durchführung des Umzuges habe Kläger unsorgfältig und ohne Überlegung gehandelt. Mit dem Umzug hätte die Aufnahme des eigenen jährlichen Inventars verbunden werden sollen. Das sei vom Direktionskomite auch ausdrücklich und zu wiederholten Malen verlangt worden, aber trotzdem sei nichts geschehen. Der Kläger sei auch meistens erst um 9 Uhr in die Fabrik gekommen. Im Oktober habe er einen Werkführer angestellt, ohne sich vorher über denselben erkundigt zu haben; dieser Werkführer habe sich denn auch als unfähig erwiesen. Endlich erblickte die Beklagte einen wichtigen Grund zur vorzeitigen Auflösung des Dienstvertrages in der Taktlosigkeit des Klägers, und brachte in dieser Beziehung vor: Im Oktober 1894 habe der Kläger seinen Vater nach Netstal engagiert, ohne dem Verwaltungsrate etwas davon mitzuteilen, und später habe er auch noch seinen Bruder engagiert. Den Vater habe er zum Werkführer gemacht, obwohl dieser von Elektrotechnik nichts verstehe; dadurch sei die Disziplin untergraben worden; die Arbeiter hätten vom Kläger und seinem Vater nichts mehr wissen wollen und gemacht, was sie wollten. Mit einem andern Werkführer habe er eine Auseinandersetzung gehabt, die zu Thätlichkeiten geführt habe. Durch einen Anschlag in der Fabrik habe Kläger angezeigt, daß der Betreffende seiner Stelle enthoben sei, ihn dann aber doch wieder als Angestellten ins Büreau genommen. Einen Gießermeister habe der Kläger zu Bedingungen angestellt, die mit dem Beschluß des Direktionskomite im Widerspruch gestanden seien. Nach dem Geschäftsregle-

mente sei die Anstellung in die Kompetenz des Direktionskomite gefallen; dieses habe eine dreimonatliche Kündigung von Anfang an beschlossen; im Widerspruch damit habe Kläger dem Gießermeister eine feste Anstellung für 3 Jahre zugesichert. Mit diesem Gießermeister, der sehr tüchtig sei, habe der Kläger Händel angefangen. Er habe ihm mit einem sehr unpassenden Briefe einen Schlüssel entzogen, obwohl dieser denselben nötig gehabt habe, um oft während der Nacht in der Gießerei nachsehen zu können. Der Gießermeister wäre fortgegangen, wenn der Kläger an seiner Stelle geblieben wäre. So habe es sich auch mit den andern Werkführern verhalten. Alle haben ebenfalls fort wollen. Durch sein Benehmen habe der Kläger die Ingenieure Birmann, Strehlin, Kündig, Klauber, Schneider vertrieben. Alle haben gekündigt, weil er unfähig gewesen sei, sie nicht unterstützt, anmaßend behandelt, und das Geschäft ruiniert habe. Im Februar sei der Kläger für 14 Tage nach Berlin gereist, ohne dem Verwaltungsrat auch nur etwas davon zu sagen, obschon er eigentliche Geschäfte dort nicht gehabt habe. Am 19. Mai sei er wieder für 5 $^1/_2$ Tage fortgegangen, ohne Jemand zu sagen, warum und wohin. Am 20. und 21. Mai Vormittags sei auch Vater Grüninger fort gewesen, ohne etwas zu sagen oder Jemand zu fragen. Am 20. Mai seien 15 bis 20 Arbeiter von seiner Abteilung von der Arbeit weg in die Wirtshäuser gegangen. Dazu sei ein weiterer Vorfall getreten. Am 24. Mai Nachmittags sei der Kläger wieder in die Fabrik gekommen, habe mit dem Oberingenieur Schneider Streit angefangen, und sei so weit gegangen, daß er diesen meuchlings überfallen habe, als er an seinem Tische gesessen, und daß er ihn mit dem Stocke geschlagen habe. Selbstverständlich haben darauf die andern Angestellten erklärt, daß sie nicht mehr mit dem Kläger zusammen arbeiten könnten. Der Präsident des Verwaltungsrates habe sich daher genötigt gesehen, ihn telegraphisch zu suspendieren. Trotz dieses telegraphischen Verbotes sei der Kläger noch am nämlichen Abend mittelst Einbruches in die Fabrik resp. in das Büreau eingedrungen und habe sich mit einem Paket entfernt. Für die von ihr behaupteten Thatsachen anerbot die Beklagte den Beweis. Der Kläger bestritt, daß die Beklagte aus wichtigen Gründen zu seiner Entlassung

berechtigt gewesen sei. Seine Befähigung zur Erfüllung der ihm gemäß dem Vertrag vom 11. August 1894 obliegenden Verpflichtungen sei durch die Prozeßakten unzweifelhaft ausgewiesen, und Beklagte habe sich auch darüber vor seinem Engagement vergewissert und überzeugt. Es seien denn auch vom Direktionskomite und dem Verwaltungsrat niemals irgend welche Beschwerden über seine Geschäftsleitung erhoben, oder an ihn irgend welche Mahnungen gerichtet worden, mit einziger Ausnahme eines Privatbriefes des Präsidenten des Verwaltungsrates vom 26. April 1895, worin dieser ihn wegen des Inventars von 1895 gemahnt habe. Seine Entlassung sei auf bloße Denunziation seiner ihm feindlichen Untergebenen, welche systematisch auf seine Beseitigung hingearbeitet hätten, und ohne vorherige Untersuche ex abrupto erfolgt. Alle Vorwürfe, welche ihm von der Beklagten gemacht worden, beziehen sich, mit einziger Ausnahme desjenigen vom 24. Mai 1895, auf solche angebliche Vorgänge, die schon deswegen außer Betracht fallen müssen, weil die betreffenden Handlungen des Klägers vom Direktionskomite und Verwaltungsrate der Beklagten teils ausdrücklich, teils stillschweigend genehmigt und niemals als Grund für eine vorzeitige Auflösung des Dienstvertrages geltend gemacht worden seien. Mit Bezug auf den Vorgang vom 24. Mai habe ein Untersuch nicht gewaltet, und erscheine es als vollständig unzulässig, darüber irgend welche Erhebungen durch die Civilinstanzen zu machen, dies um so weniger, als die von der Beklagten hiefür angerufenen Zeugen teils als beteiligt, teils, weil mit dem Kläger verfeindet, als unzulässig erscheinen. Diesen Vorgang stellte Kläger so dar: Infolge des Liquidationsbeschlusses des Verwaltungsrates habe sich der Kläger um eine andere Stelle umsehen müssen, und habe dazu sowohl als für geschäftliche Funktionen die Tage vor dem Auffahrtsfest und dieses selbst benutzt, nachdem er für die Zeit seiner Abwesenheit die nötigen Anordnungen für den richtigen Gang des Geschäftes getroffen habe. Bei seiner Rückkehr habe er gesehen, daß alle seine Anordnungen nicht befolgt worden seien. Er habe darüber Schneider, der ihn zu vertreten hatte, zur Rede gestellt. Schneider habe ihm darauf erwidert, er solle sich darum nicht kümmern, er verstehe nichts davon u. dgl. Hierauf habe der Kläger den

sofortigen Austritt Schneiders verlangt, welcher darauf höhnisch erwidert habe, der Kläger werde vor ihm vor die Thüre gesetzt. Als der Kläger das Lokal habe verlassen wollen, habe ihm Schneider Lausbube nachgerufen. Auf diese Insulte hin habe der Kläger dem Schneider einen wohlverdienten Hieb mit dem Stocke gegeben, worauf ihn Schneider angepackt, aber den kürzern gezogen habe. Eine gegenteilige Darstellung werde bestritten. Ebenso bestritt der Kläger die Darstellung der Beklagten über seine Geschäftsführung im Einzelnen als unrichtig.

3. Zur Begründung ihres, die Klage teilweise gutheißenden Urteils hat die Vorinstanz im Wesentlichen ausgeführt: Die von der Beklagten zum Beweise verstellten Thatsachen vermögen die sofortige Aufhebung des Dienstvertrages mit dem Kläger ohne jegliche Entschädigung nicht zu rechtfertigen, und es sei die Entgegennahme der vorgeladenen und erschienenen Zeugen, und die Eröffnung der eingegangenen Kompaßbriefe (Protokolle über die Einvernahme der auswärts wohnenden Zeugen) überflüssig. Wenn auch die an die Zeugen gestellten Ansinnen bestätigt würden, so wäre damit das Vorhandensein von wichtigen Gründen für die sofortige Entlassung nicht dargethan. Wie aus dem Zugeständnis der Beklagten hervorgehe, seien über den Kläger vor dessen Anstellung an seinem frühern Wirkungskreis (Maschinenfabrik Örlikon) keine Informationen eingezogen worden. Daselbst habe Kläger die Stelle eines Ingenieurs, und zwar nach Ausweis des Abgangszeugnisses zur Zufriedenheit der Firma bekleidet. Wenn der Kläger in der wesentlich andern, wichtigern Stellung als Direktor, Leiter einer großen Fabrik, den an ihn gestellten Anforderungen nicht entsprochen habe, und sich mancherlei für die Gesellschaft unliebsamer Handlungen und Unterlassungen schuldig gemacht habe, so bilde das noch keinen Entlassungsgrund im Sinne des Art. 346 O.-R. Es falle auch in Betracht, daß eine Inspektion der Neuanlage durch ein Mitglied des Direktionskomite oder sonst einen Fachmann beklagtischerseits trotz der eingetretenen Zerwürfnisse nicht vorgenommen worden sei, gegenteils stehe fest, daß sowohl das Direktionskomite als der Verwaltungsrat mit den getroffenen Maßnahmen des Klägers zum Teil ausdrücklich einverstanden gewesen seien, zum Teil solchen nachträg-

lich die Genehmigung erteilt haben. Auch die Reise des Klägers nach Berlin sei stillschweigend gutgeheißen worden. Wenn gestützt auf die bisherige bundesgerichtliche Praxis die beweispflichtige Partei, in concreto also die Beklagtschaft, Thatsachen nachweisen müsse, aus welchen der Richter die Überzeugung schöpfen könne, daß ein zur einseitigen Auflösung berechtigender wichtiger Grund vorliege, so müsse hier, bei den zahlreichen gegen den Kläger erhobenen Anschuldigungen, gesagt werden, daß weder einer einzelnen, noch deren Gesammtheit, auch wenn sie erwiesen wären, nach dem Ermessen des Richters eine solche Bedeutung und Tragweite beigelegt werden könnte, um nach Sinn und Geist des angerufenen Artikels die sofortige Entlassung des Klägers ohne Entschädigung als eine berechtigte zu erklären.

4. Die Vorinstanz ist in ihrem Entscheide in richtiger Weise davon ausgegangen, daß das zwischen den Parteien durch den Vertrag vom 11. August 1894 begründete Rechtsverhältnis als Dienstvertrag (freie Dienste) aufzufassen ist, und daher für die Frage, welche Folgen die am 24. Mai 1895 stattgefundene Entlassung des Klägers nach sich ziehe, Art. 346 O.-R. zur Anwendung kommt, wonach die Aufhebung dieses Vertrages vor Ablauf der Dienstzeit von jedem Teile aus wichtigen Gründen verlangt werden konnte. Darüber nun, welche Thatsachen als wichtige Gründe zur vorzeitigen Auflösung eines Dienstvertrages anzusehen seien, spricht sich das Gesetz des Nähern nicht aus, sondern stellt es dem freien richterlichen Ermessen anheim, zu entscheiden, ob solche Gründe im konkreten Falle vorliegen. Immerhin ist der Spielraum, der hiedurch dem subjektiven Befinden des Richters gewährt wird, kein unbegrenzter; denn die Frage ist nach dem Sinn und Geist des Gesetzes zu lösen, und es wird daher die Entscheidung von den Grundsätzen beherrscht, die sich aus der rechtlichen Natur des Dienstvertrages ergeben. Danach ist, wie das Bundesgericht in seinem Entscheid in Sachen Meier gegen Weniger vom 14. April 1893 (Amtl. Samml., Bd. XIX, S. 317 Erw. 3) ausgesprochen hat, als leitendes Prinzip festzuhalten, daß ein wichtiger Grund zur vorzeitigen Auflösung des Dienstvertrages dann vorhanden ist, wenn die wesentlichen Voraussetzungen persönlicher und sachlicher Art, unter welchen der Ver-

trag abgeschlossen wurde, sich als hinfällig erwiesen haben. Daß der Grund zur vorzeitigen Auflösung in einem Verschulden des Teils, gegen den der Rücktritt sich richtet, oder auch nur in der Person dieses Teils liegen müsse, sagt das Bundesgesetz nicht; es ist daher grundsätzlich davon auszugehen, daß jede Thatsache als wichtiger Grund im Sinne des Art. 346 O.-R. gelte, welche die wesentlichen Voraussetzungen, unter denen der Vertrag abgeschlossen wurde, als dahin gefallen erscheinen läßt, wobei allerdings festgehalten werden muß, daß der Rücktritt nach Art. 346 O.-R. nur in guten Treuen geschehen darf, und daher in der Regel kein Teil einen Auflösungsgrund aus seinen eigenen Handlungen wird herleiten können (s. Hafner, Kommentar zum O.-R., neue Ausgabe, Art. 346, Anm. 3). Was die ökonomischen Folgen einer vorzeitigen Auflösung anbetrifft, so werden dieselben vom Richter nach freiem Ermessen unter Würdigung der Umstände und des Ortsgebrauchs bestimmt; immerhin hat derjenige Teil vollen Schadenersatz zu leisten, der durch sein vertragswidriges Verhalten den Grund zum Rücktritt gegeben hat (Art. 346 Abs. 3). Die Berechtigung zum Rücktritt wegen eines wichtigen Grundes befreit somit den Zurücktretenden nicht ohne weiteres von der Pflicht, den andern Teil für die Nachteile, die diesem aus der vorzeitigen Aufhebung des Vertrages erwachsen, zu entschädigen. Auch der wegen eines wichtigen Grundes zum Rücktritt Berechtigte kann vielmehr unter Umständen zu einer Entschädigung an den andern Teil verpflichtet werden, während selbstverständlich in dem Falle von einer Entschädigungspflicht des Zurücktretenden niemals die Rede sein kann, wo ihm der andere Teil durch vertragswidriges Verhalten einen wichtigen Grund zum Rücktritt gegeben hat. Bei der Entscheidung der vorliegenden Streitsache ist daher in erster Linie zu prüfen, ob der Beklagten überhaupt ein wichtiger Grund zum Rücktritt vom Dienstvertrage zur Seite gestanden habe, und wenn diese Frage zu bejahen ist wird sich weiter fragen, ob es sich nach den Umständen rechtfertige, trotz der Berechtigung der Beklagten zum Rücktritt, dem Kläger eine angemessene Entschädigung zuzusprechen.

5. Nun hat die Vorinstanz thatsächlich festgestellt, daß bereits nach der Übersiedelung von Zürich nach Netstal zwischen dem

Direktionskomite und Verwaltungsrat der Beklagten einerseits und dem Kläger anderseits eine Spannung eingetreten sei, indem Kläger bezüglich der Umzugs- und Installationskosten und der Aufstellung des Inventars eine gewisse Unfähigkeit, und in der Behandlung von Angestellten des Etablissements Mangel an Takt an den Tag gelegt habe; daß ferner in Folge seines Verhaltens die Ingenieure Schneider und Strehlin schon im April ihre Dienstkündigung eingereicht haben, und daß nach dem Vorfall vom 24. Mai 1895, bei welchem sich Kläger an dem Oberingenieur Schneider zugestandenermaßen thätlich vergriffen habe, zahlreiche wichtige Angestellte der Fabrik erklärt haben, neben dem Kläger nicht weiter arbeiten zu können. Angesichts dieser festgestellten Thatsachen muß nun allerdings gesagt werden, daß zur Zeit, als die Entlassung des Klägers erfolgte, die wesentlichen Voraussetzungen, unter welchen der Anstellungsvertrag abgeschlossen worden war, nicht mehr vorhanden gewesen seien, und daß daher für die Beklagte wichtige Gründe zum Rücktritte vorgelegen haben. Denn aus diesen Thatsachen geht unzweifelhaft hervor, daß die Stellung des Klägers als Direktor der Fabrik wirklich unhaltbar geworden, und ein ferneres Verbleiben desselben in dieser Stellung für die beklagte Gesellschaft unerträglich geworden war. Der von der Vorinstanz festgestellte Umstand, daß Kläger es überhaupt im Verkehr mit den Angestellten an Takt habe fehlen lassen, daß bereits im April zwei Ingenieure infolge des Verhaltens des Klägers ihre Dienstkündigung eingereicht hatten, und daß nach dem Vorfall vom 24. Mai eine ganze Anzahl wichtiger Angestellter sich weigerte, neben dem Kläger weiter zu arbeiten, läßt darüber keinen Zweifel, daß dem Vorfall vom 24. Mai nicht bloß die Wirkung einer vorübergehenden Animosität zwischen Direktor und Angestellten beigemessen werden konnte, sondern daß dadurch eine unheilbare Entzweiung unter denselben zur Thatsache geworden, und nunmehr nach allem Vorausgegangenen an ein gedeihliches Zusammenwirken nicht mehr zu denken war. Daß wirklich die Verhältnisse in der Fabrik Netstal mit Bezug auf die Person des Klägers nach jenem Vorfall unleidliche geworden seien, verneint auch die Vorinstanz nicht, wie sie denn überhaupt die Frage, ob wichtige Gründe zur Aufhebung des Dienstvertrages vorgelegen

haben, nicht für sich allein, sondern im Zusammenhang mit der Entschädigungsfrage entscheidet, und sich darauf beschränkt, zu erklären, die Beklagte sei nicht berechtigt gewesen, den Kläger ohne Entschädigung sofort zu entlassen.

6. Ob nun dem Kläger aus der sofortigen Entlassung ein Entschädigungsanspruch an die Beklagte zustehe, und eventuell in welchem Maße, hängt nach dem oben Gesagten wesentlich davon ab, ob und inwieweit dem einen oder dem andern Teil ein Verschulden bezüglich der Thatsachen beizumessen sei, welche die Entlassung herbeigeführt haben. Zur Entscheidung hierüber mangelt es jedoch bei der gegenwärtigen Aktenlage an den nötigen thatsächlichen Feststellungen. Der Darstellung der Thatsachen, in welchen die Beklagte ein vertragswidriges Verhalten des Klägers erblickt, steht diejenige des Klägers gegenüber, welche die von der Beklagten angeführten Vorgänge für den Kläger in wesentlich günstigerem Lichte erscheinen läßt; so wird z. B. die Frage, ob und eventuell in welchem Maße die Vorwürfe der Beklagten betreffend Unfähigkeit des Klägers berechtigt sind, wesentlich anders beantwortet werden müssen, je nachdem die Angaben der Beklagten oder diejenigen des Klägers als richtig anzusehen sind. Ebenso gehen insbesondere die Darstellungen der Parteien über den Vorfall vom 24. Mai 1895 derart auseinander, daß ohne Beweiserhebung über den wirklichen Verlauf desselben die Frage nicht entschieden werden kann, ob und in welchem Maße den Kläger dabei ein Verschulden treffe. Der Ansicht der Vorinstanz, daß die Beklagte selbst dann nicht berechtigt gewesen wäre, den Kläger ohne Entschädigung sofort zu entlassen, wenn alle von ihr gegen den Kläger erhobenen Anschuldigungen richtig wären, kann nicht beigetreten werden; vielmehr enthält die von der Beklagten gegebene Darstellung ihrer Gründe zur Entlassung eine Reihe von Vorwürfen, nach welchen, wenn sie als bewiesen gelten könnten, die vorzeitige Auflösung des Vertrages in der That dem Kläger zum Verschulden angerechnet werden müßte, und deshalb ein Entschädigungsanspruch desselben ausgeschlossen wäre. Es war somit rechtsirrtümlich, wenn die Vorinstanz die Abnahme der von der Beklagten anerbotenen Beweise wegen Unerheblichkeit der Beweissätze abgelehnt hat. Die Sache ist daher zur Abnahme dieser Beweise, sowie

der vom Kläger beantragten Gegenbeweise, und zu neuer Entscheidung auf Grund dieser Aktenvervollständigung an die Vorinstanz zurückzuweisen, wobei diese letztere die rechtliche Beurteilung, mit welcher die Zurückweisung in den vorstehenden Ausführungen begründet wird, auch ihrer Entscheidung zu Grunde zu legen hat (Art. 84 O.-G.).

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

1. Die Berufung der Beklagten wird dahin als begründet erklärt, daß das Urteil des Obergerichtes des Kantons Glarus vom 28./29. Januar 1897 aufgehoben, und die Sache an dasselbe im Sinne der Erwägungen zur Abnahme der von den Parteien beantragten Beweise, und neuer Beurteilung auf Grund dieser Aktenvervollständigung zurückgewiesen wird.

2. Die Bestimmung über die kantonalen Kosten wird dem Endentscheid vorbehalten.

---

99. Urteil vom 2. April 1897 in Sachen Meyer gegen Sibler, Meyer und Ganter.

A. Durch Urteil vom 12. Dezember 1896 hat die Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich erkannt: die Beklagten sind solidarisch verpflichtet, dem Kläger 10,000 Fr. samt Zins zu 5 % vom 22. Juli 1895 an zu bezahlen; die klägerische Mehrforderung wird abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil haben sowohl der Kläger als die Beklagten die Berufung an das Bundesgericht ergriffen. Der Kläger erklärt, seine vor der Appellationskammer gestellten Anträge wieder aufzunehmen. Die Beklagten beantragen:

I. Es sei die Klage gänzlich abzuweisen.

II. Eventuell sei, in Abänderung von Dispositiv 1 des angefochtenen Urteils:

a. die dem Kläger zugesprochene Entschädigung nach freiem richterlichem Ermessen unter richtigerer Berechnung des mutmaß-

lich entgangenen Gewinns und besserer Berücksichtigung der sofortigen Kapitalabfindung angemessen zu reduzieren,

b. jede Zinsverpflichtung aufzuheben,

c. im Dispositiv entsprechend der Streitfrage ausdrücklich zu bemerken, daß die Beklagten nur schuldig seien, gemeinsam mit dem ehemaligen Associé Benedikt Sibler, z. Z. in Luzern, die vom Gericht erkannte Entschädigungssumme zu bezahlen.

C. In der heutigen Hauptverhandlung erneuern die Parteianwälte ihre schriftlich gestellten Anträge.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. In der Stadt Zürich bestand seit längerer Zeit eine Kollektivgesellschaft unter der Firma Meyer, Sibler & Cie, welche den Glas- und Porzellanwarenhandel betrieb. Bei Ausscheiden oder Tod eines Mitgliedes rekrutierte sich die Gesellschaft in der Regel durch ein Familienmitglied des Verstorbenen oder Ausgeschiedenen, indem die austretenden Mitglieder sowie die Erben eines verstorbenen Mitgliedes das Recht hatten, einen Nachfolger zu bezeichnen. Am 30. Januar 1887 starb der Anteilhaber Karl Otto Meyer. Derselbe hinterließ u. a. einen Sohn Ernst, geb. 1874, den gegenwärtigen Kläger, welcher bestimmt war, später in die Gesellschaft einzutreten. Die verbliebenen drei Gesellschafter, Benedikt Sibler, Leopold Meyer und Fritz Sibler, schlossen nun, in teilweiser Abänderung des Gesellschaftsvertrages vom 19. April 1860, einen neuen Gesellschaftsvertrag ab, welcher vom 1. September 1888 an gültig sein, und bis zum 1. September 1900 (mit einer von diesem Tage an jedem Gesellschafter zustehenden Kündigungsfrist von 1 Jahr) dauern sollte. Art. 19 dieses Vertrages bestimmt: Die austretenden Gesellschafter und die Erben eines Verstorbenen haben während der Dauer dieses Vertrages 5 Jahre lang von ihrem Ausscheiden an das Recht, einen Nachfolger zu bezeichnen, und es sind die andern Gesellschafter verpflichtet, denselben als gleichberechtigten Gesellschafter in die Gesellschaft aufzunehmen, nachdem er sich darüber ausgewiesen, daß er 1. einen soliden Charakter besitze, 2. mit den erforderlichen Kenntnissen ausgerüstet und speziell des Deutschen und Französischen in Wort und Schrift mächtig sei, 3. eine tüchtige Lehrzeit durchgemacht und das 26. Altersjahr zurückgelegt, 5. eine Einlage von 50,000 Fr. macht und

6. mindestens 3 Jahre als Angestellter des Geschäftes in demselben gearbeitet hat. Zeigt sich der Betreffende während dieser Zeit als unsolid, oder vernachlässigt er die ihm überbundenen Pflichten oder benimmt er sich unfreundlich gegen die Kunden, oder gegen seine Vorgesetzten, so verliert er seinen Anspruch auf den Eintritt. § 18 statuiert ein Konkurrenzverbot für einen Austretenden und die Erben eines Verstorbenen für die Dauer von 5 Jahren. Im Jahre 1889 trat der Beklagte Richard Ganter in die Gesellschaft Meyer, Sibler & Cie. als Anteilhaber ein, und durch Übereinkunft, die wie diejenige vom Jahre 1888 kein Datum trägt, aber am 12. September 1891 namens der Kinder des Karl Otto Meyer vom Waisenamte Zürich genehmigt und daher wohl kurze Zeit vorher abgeschlossen worden ist, wurde zwischen der Gesellschaft Meyer, Sibler & Cie. und den Kindern des genannten Karl Otto Meyer ein Anstand über gegenseitige Forderungen erledigt, die Rückzahlung des Anteils derselben am Gesellschaftsfonds regliert und sodann folgendes bestimmt:

„§ 4. Das in § 19 der neuen vom 1. September 1888 an gültigen Statuten den Erben eines verstorbenen Mitgliedes eingeräumte Recht zur Bezeichnung eines Nachfolgers resp. des Eintrittes eines solchen in die Firma wird dem Sohn des verstorbenen Otto Meyer, Ernst Meyer ausdrücklich gewahrt und zwar in der Meinung, daß wenn Ernst Meyer von diesem Rechte keinen Gebrauch machen sollte, die Erben von Otto Meyer befugt wären, dieses Recht entweder der Firma Meyer, Sibler & Cie. käuflich abzutreten, oder aber einer andern männlichen Person zu übertragen.

„§ 5. In Abweichung von § 19 der oben erwähnten Statuten, die im übrigen auch für Ernst Meyer oder einen von Otto Meyers Erben zu bezeichnenden Nachfolger maßgebend wären, wird dem Ernst Meyer das Recht zugestanden, daß er schon im Alter von 24 Jahren, also mit 1. September 1898 als Teilhaber ins Geschäft eintreten könnte. Für die vorausgehenden Jahre, die Ernst Meyer als Commis im Geschäft zubringen müßte, wird demselben folgendes Salär bestimmt: 1800 Fr. für das erste Jahr, 2500 Fr. für das zweite Jahr und 4000 Fr. für das dritte Jahr. Dagegen verpflichtet sich der Vormund von Ernst Meyer,

den letztern vorher wenigstens ein Jahr lang in einem gleichartigen bedeutenden Detailgeschäfte, wie Wien, Paris, zu placieren."

Eine im Laufe der Zeit immer größer und unhaltbarer gewordene Spannung zwischen dem Beklagten Richard Ganter und den übrigen Gesellschaftern führte dazu, daß die Gesellschafter im Jahre 1894 die Auflösung der Gesellschaft anstrebten. In Anwendung der § 27 und 28 des Gesellschaftsvertrages vom 19. April 1860 bestellten dieselben im Januar 1894 ein Schiedsgericht zur Beurteilung ihrer gegenseitigen Auflösungs- bezw. Ausschließungsbegehren. Nach Anhörung der Parteien und Durchführung des Beweisverfahrens erklärte das Schiedsgericht am 15. Oktober 1894 durch Vorurteil die Gesellschaft auf einen vom Gericht später zu fixierenden Termin als aufgelöst, wies dagegen das Begehren um Ausschluß des Richard Ganter, sowie die beidseitig gestellten Entschädigungsforderungen als unbegründet ab, da beide Parteien ungefähr die gleiche Schuld an der Auflösung tragen. Die Parteien selbst stellten sodann den Auflösungstermin auf 1. April 1895 fest und beschlossen, es habe die Liquidation auf dem Wege der Versteigerung unter den Gesellschaftern stattzufinden. Hiervon wurde dem Kläger Mitteilung gemacht, und derselbe eingeladen, an der Steigerung, zu welcher er nach den Gantbedingungen ebenfalls berechtigt sei, Teil zu nehmen. Kläger leistete jedoch der Einladung keine Folge. Bei der Versteigerung übernahm Richard Ganter das Geschäft in Zürich, wie Kläger behauptet, Beklagte aber bestreiten, um 70,000 Mark mit sämtlichen Aktiven und Passiven, während die in Luzern bestehende Filiale um die Passiven von Fritz und Georg Sibler und Leopold Meyer erworben worden sein soll. Ganter bildete sodann mit Karl Sibler die Kollektivgesellschaft Ganter, Sibler & Cie. in Zürich, während das Geschäft in Luzern unter der bisherigen Firma fortgeführt wurde. Der Kläger ließ sich am 21. August 1895 als Inhaber der Firma Ernst Meyer in Zürich I, Artikel für Wasserleitungen, Fayence-Waren und Vertretungen ins Handelsregister eintragen. Mit Weisung vom 6. August 1895 erhob Ernst Meyer gegen Fritz Sibler, Richard Ganter und Leopold Meyer, als ehemalige Anteilhaber der Kollektivgesellschaft Meyer, Sibler & Cie. Klage und stellte das Rechtsbegehren, es seien dieselben, gemeinsam mit

dem ehemaligen Associé Benedikt Sibler, solidarisch schuldig zu erklären, dem Kläger 30,000 Fr. nebst Zinsen vom 18. März 1895 an zu bezahlen. Er stützte diese Klage auf die Übereinkunft vom 12. Dezember 1891, durch welche sein Eintritt in die Gesellschaft Meyer, Sibler & Cie. geregelt worden sei. Die Gesellschaft sei erloschen, an deren Stelle seien daher die ehemaligen Anteilhaber getreten. Durch die genannte Übereinkunft sei der Eintritt des Klägers in die Gesellschaft ausdrücklich und unter ganz bestimmten Bedingungen gewährt worden. Die Auflösung der Gesellschaft enthalte einen offenbaren Vertragsbruch, welcher den Kläger zur Schadenersatzforderung berechtige. Nach Maßgabe der Übereinkunft habe er sich zum Eintritt vorbereitet, und zwar immer im Einverständnis mit der Gesellschaft; er sei auch willens und in der Lage gewesen, beim Eintritt in die Firma die 50,000 Fr. einzulegen, einerseits durch Feststellung seines Vermögens, und andrerseits habe er sich von einem Verwandten die Zusicherung erteilen lassen, ihm den Rest vorzuschießen. Die Auflösung sei erfolgt durch Verschulden sämmtlicher Anteilhaber, darum haften auch alle solidarisch für den Schaden. Was das Quantitativ anbetreffe, so habe Kläger für die 3 Jahre, in welchen er als Commis hätte eintreten sollen, Anspruch auf einen Gehalt von 8300 Fr. gehabt. Sodann habe er das Recht gehabt, mindestens 3 Jahre als Associé einen Gehalt von 5000 Fr. per Jahr zu beziehen, und der jährliche Gewinn hätte mindestens ebensoviel betragen, so daß ihm im Ganzen ein Schaden von 38,300 Fr. erwachsen sei, den er aber auf 30,000 Fr. reduziere, da er in der Zwischenzeit wohl Ersatz durch eine andere Stellung finde. Ferner sei zu betonen, daß ihm gegenüber immer noch das Konkurrenzverbot bestehe. Wenn man die dolose Handlungsweise der Beklagten in Betracht ziehe, so sei die Schadenersatzforderung mit 30,000 Fr. nicht zu hoch angesetzt. Eventuell wenn ein Verschulden der Beklagten nicht angenommen würde, sei zu berücksichtigen, daß ein Liquidationserlös von 70,000 Mark erzielt worden sei, an welchem Kläger eine vertragliche Anwartschaft gehabt habe. Von diesen 70,000 Mark werde eventuell $^1/_5$, oder ganz eventuell $^1/_6$ beansprucht, wenn man in Berücksichtigung ziehe, daß der Kläger noch nicht Gesellschafter gewesen sei. Die Beklagten beantragten Abwei-

sung der Klage, und zwar machten die Beklagten Meyer und Sibler geltend: Das Recht auf Eintritt in die Gesellschaft sei selbstverständlich an die Voraussetzung geknüpft gewesen, daß zu der Zeit, wo der Eintritt erfolgen sollte, die Gesellschaft noch bestehe. Kläger könne daher jetzt weder den Eintritt noch Entschädigung verlangen. Sodann aber könne Kläger Entschädigung auch deshalb nicht verlangen, weil er seinerseits nicht nachweisen könne, daß er zur Erfüllung aller jener Bedingungen bereit gewesen wäre, welche an eine Beteiligung am Geschäftsgewinn geknüpft gewesen seien. So hätte derselbe die Einlage von 50,000 Fr. nicht leisten können, ebensowenig beherrsche derselbe die französische Sprache. Auch seine Lehrzeit sei nicht vertragsgemäß gewesen. Außerdem habe Kläger auf die ihm zugesicherten Rechte verzichtet. Seine Rechte haben nicht größer gewesen sein können, als diejenigen der aktiven Gesellschafter. Diese haben aber alles gethan, wenn sie den Kläger aufgefordert haben, an der Liquidation teil zu nehmen, damit er seine Rechte wahre. Wenn Kläger heute an den beiden neu entstandenen Geschäften nicht beteiligt sei, so treffe die Schuld lediglich ihn selbst. Endlich sei die Auflösung die Folge eines Urteilspruchs, für welchen die Beklagten die Verantwortlichkeit nicht tragen. Was das Quantitativ anbetreffe, so werden die Behauptungen des Klägers über Salär und Gewinnanteil nur insoweit anerkannt, als sie auf dem Vertrage vom 12. September 1891 beruhen. Wenn Kläger an der Gesellschaft nicht teilnehmen könne, so sei es ihm möglich, seine Thätigkeit anderweitig zu verwerten, wie es auch thatsächlich geschehen sei. Bei einer Bethätigung in der Firma hätte er seinen Gehalt aufgebraucht, wie es bisher geschehen sei. Es werde bestritten, daß sich ein Gewinn ergeben hätte. Ebenso werde bestritten, daß für das Zürcher Geschäft 70,000 Mark über den Inventarwert gelöst, und das Luzerner Geschäft um diesen Wert verkauft worden sei. Der Verkauf sei im Gegenteil etwa um 10,000 Fr. unter dem Inventarwert erfolgt. Ein Konkurrenzverbot bestehe für den Kläger nicht mehr, Beklagte lassen sich bei dieser Erklärung behaften. Der Beklagte Ganter schloß sich diesen Ausführungen an, und bemerkte noch für sich persönlich: Die Genehmigung des Vertrages vom 12. September 1891 durch die Gesellschaft sei gegen seinen Willen erfolgt, an

einer Versammlung der Anteilhaber, der er nicht beigewohnt habe. Er habe gegen diesen Vertrag protestiert und sei daher durch denselben nicht verpflichtet worden. Ein Verschulden an der Auflösung der Gesellschaft treffe ihn jedenfalls nicht. Ein Verzicht des Klägers sei auch daraus herzuleiten, daß er dem Beklagten Ganter niemals seine Dienste angeboten habe, während letzterer ihn gerne aufgenommen hätte, um dann die Firma Meyer, Sibler & Cie. fortsetzen zu können. Durch Urteil vom 12. Dezember 1896 hat die Appellationskammer des zürcherischen Obergerichts die Klage teilweise gutgeheißen und die Beklagten verpflichtet, dem Kläger 10,000 Fr. sammt Zins zu 5 % vom 22. Juli 1895 an zu bezahlen.

2. Was zunächst die Behauptung des Beklagten Ganter anbelangt, daß er durch den Vertrag vom September 1891 nicht gebunden, und daher die Klage ihm gegenüber schon aus diesem Grunde abzuweisen sei, so ist darauf hinzuweisen, daß das Recht des Klägers, an Stelle seines Vaters in die Gesellschaft Meyer, Sibler & Cie. einzutreten, nicht erst durch den genannten Vertrag begründet wurde, sondern damals grundsätzlich bereits bestand, indem dasselbe bereits durch die Gesellschaftsverträge von 1860 und 1888 begründet worden war. Beide Gesellschaftsverträge berechtigten sowohl die Erben eines verstorbenen Gesellschafters als die ausgetretenen Gesellschafter, während 5 (früher 15) Jahren einen Nachfolger zu bezeichnen, und die andern Gesellschafter waren verpflichtet, denselben als Gesellschafter in die Gesellschaft aufzunehmen, sofern er sich über den Besitz der dort näher bezeichneten Eigenschaften auswies und eine Einlage von 50,000 Fr. machte. Unbestrittenermaßen war im Jahre 1891 jenes Recht der Erben des im Jahre 1887 verstorbenen Gesellschafters Karl Otto Meyer noch nicht erloschen und es herrscht auch unter den Parteien darüber kein ernstlicher Streit, daß der Kläger von seiner Familie zum Eintritt in die Gesellschaft Meyer, Sibler & Cie. bestimmt war. Grundsätzlich bestand also das Recht des Klägers zum Eintritt in die Gesellschaft Meyer, Sibler & Cie. und die Verpflichtung des Gesellschafters Ganter zur Aufnahme des Klägers, ganz abgesehen von dem Vertrage vom September 1891, und zwar wurde diese Verpflichtung gegenüber dem Beklagten Ganter mit

seinem Eintritt in die Gesellschaft begründet, als Ausfluß des nunmehr auch für ihn verbindlichen Gesellschaftsvertrages. Ganter kann sich also nicht darauf berufen, daß gemäß Art. 542 O.-R. zur Aufnahme eines andern Gesellschafters die Zustimmung sämtlicher vorhandener Gesellschafter erforderlich sei. Denn soweit das Recht des Klägers aus dem, unbestrittenermaßen auch für den Gesellschafter Ganter verbindlichen, Gesellschaftsvertrage folgte, war eine weitere Einwilligung desselben nicht erforderlich. Nun sind aber allerdings durch den Vertrag vom September 1891 die dem Kläger nach dem Gesellschaftsvertrage zustehenden Rechte zu seinen Gunsten abgeändert worden, indem ihm der Eintritt als Gesellschafter schon mit dem 24., statt, wie der Gesellschaftsvertrag bestimmt, erst mit dem 26. Altersjahre gewährt und demgemäß auch seine Anstellung als Commis um 2 Jahre vorgerückt wurde. Dazu war nach dem Gesellschaftsvertrage die Zustimmung des Beklagten Ganter notwendig. Ausdrücklich ist diese Zustimmung nie erklärt worden, und es war auch nicht richtig, wenn die Vorinstanz eine stillschweigende Zustimmung daraus hergeleitet hat, daß Kläger, trotzdem er unbestrittenermaßen von der für alle Gesellschafter getroffenen Vereinbarung Kenntnis gehabt, dem Kläger sein Nichteinverständnis mit derselben nicht kundgegeben und daher durch sein Schweigen die Vereinbarung genehmigt habe. Denn im allgemeinen kann jedenfalls nicht gesagt werden, daß derjenige, für welchen jemand ohne Ermächtigung mit einem dritten einen Vertrag abschließt, unter dem Präjudiz der Genehmigung zur Abgabe einer Erklärung an den dritten verpflichtet sei. Die Art. 46 ff. O.-R. bestimmen vielmehr ausdrücklich das Gegenteil. Dagegen muß doch aus dem Benehmen Ganters nach Auflösung der Gesellschaft geschlossen werden, daß er dem Vertrage vom September 1891 stillschweigend beigetreten sei, indem die Schritte, welche sowohl der Anwalt von Meyer und Sibler, als der Sekretär des Schiedsgerichts nach dem schiedsgerichtlichen Urteil gegenüber dem Kläger gethan haben, nach den Akten offenbar in gemeinsamem Einverständnis sämtlicher Beklagten geschehen sind, was sich nicht erklären ließe, wenn Ganter auf seiner Ablehnung jenes Vertrages beharrt hätte. Es ist demnach mit der Vorinstanz davon auszugehen, daß sämtliche Beklagte aus dem Vertrag vom Jahre 1891 verpflichtet seien.

3. Ob nun dieser Vertrag, wie die Vorinstanz angenommen hat, sich rechtlich als bloßer Vorvertrag darstelle, ob also dem Kläger gegenüber den Beklagten nur ein Anspruch auf Abschluß eines Dienst- bezw. Gesellschaftsvertrages erwachsen sei, oder ob nicht der Gesellschafsvertrag bereits die bedingte Aufnahme- resp. Anstellungserklärung des von den Erben bezeichneten Nachfolgers seitens der verbleibenden Gesellschafter enthalte, ist in casu nicht entscheidend. Wie bereits bemerkt, war und blieb der grundsätzlich für das Recht des Klägers auf Anstellung im Geschäft und sodann auf Aufnahme in die Gesellschaft Meyer, Sibler & Cie. maßgebende Vertrag immer der Gesellschaftsvertrag, welcher sich in dieser Hinsicht als Vertrag zu Gunsten dritter im Sinne des Art. 128 O.-R. darstellt, und es ist für das Schicksal der Klage unerheblich, ob man annimmt, es habe eine bedingte Verpflichtung der Beklagten auf Abschluß eines Dienst- bezw. Gesellschaftsvertrages und ein entsprechendes bedingtes Recht des Klägers, oder bereits ein bedingter und betagter Dienst- bezw. Gesellschaftsvertrag zwischen den Litiganten bestanden. Im einen wie im andern Falle handelt es sich um bedingte Rechte des Klägers und bedingte Verbindlichkeiten der Beklagten, deren schuldhafte Nichterfüllung die Beklagten zum Schadenersatz verpflichtet, und fragt es sich daher, ob die Beklagten die Erfüllung der bedingten Rechtsansprüche des Klägers durch ihr Verhalten vereitelt haben. Denn nach Art. 172 O.-R. darf der bedingt Verpflichtete, so lange die Bedingung schwebt, nichts vornehmen, was die gehörige Erfüllung seiner Verbindlichkeit hindern könnte. Indessen erscheint allerdings mit Rücksicht darauf, daß durch die erwähnten Verträge nur die Beklagten, nicht auch der Kläger gebunden waren, die Annahme als die richtige, daß die Verpflichtung der Beklagten auf Abschluß eines Dienst- resp. Gesellschaftsvertrages, als Hauptvertrags, gegangen sei und daher der Vertrag vom September 1891 sich als Vorvertrag darstelle.

4. In erster Linie haben nun zwar die Beklagten geltend gemacht, der Kläger habe dadurch, daß er auf die ihm proponierte Beteiligung an der Versteigerung des Geschäfts nicht eingegangen sei, auf seinen Anspruch, in die Gesellschaft Meyer, Sibler & Cie. als Gesellschafter einzutreten, verzichtet. Allein es

ist klar, daß Kläger durch seine Nichtbeteiligung an der Versteigerung keinerlei Rechtsverlust erleiden konnte. Einerseits hat Kläger den Beklagten gegenüber ausdrücklich erklärt, daß seine Nichtbeteiligung an der Versteigerung keinen Verzicht auf seine Rechte enthalten solle, und andrerseits hätte der Kläger damals die Auflösung der Gesellschaft auch nicht mehr hindern können. Denn dieselbe war zur Zeit, als dem Kläger von der Angelegenheit Kenntnis gegeben wurde, bereits schiedsgerichtlich ausgesprochen, und keiner der Beklagten dachte daran, den Schiedsspruch nachträglich wieder wirkungslos zu machen. Vielmehr handelte es sich bei den Beklagten nur darum, aus dem Schiedsspruche die Konsequenzen zu ziehen, und die Auseinandersetzung auf der ihrem Interesse am meisten entsprechenden Art und Weise durchzuführen. Wieso Kläger durch die ihm angebotene Beteiligung an der Versteigerung des Geschäfts Ersatz für seinen Schaden aus der Nichterfüllung des Vertrags vom September 1891 hätte finden sollen, ist nicht einzusehen. Wie in der bundesgerichtlichen Verhandlung bestätigt wurde, wollten ihn die Beklagten nicht etwa am Liquidationsgewinn partizipieren lassen, sondern ihm nur die Möglichkeit gewähren, das Geschäft, sei es allein, sei es mit andern Gesellschaftern, zu erwerben. Dafür aber, daß er durch einen solchen Erwerb ein Äquivalent für den Eintritt in die Gesellschaft Meyer, Sibler & Cie., sei es als Commis, oder als Anteilhaber erhalten hätte, liegen keine Anhaltspunkte vor. Daß sodann der Kläger, wenn er auf dem Vertrage von 1891 bestehen wollte, verpflichtet gewesen wäre, in das eine oder andere der bei der Auseinandersetzung gebildeten neuen Geschäfte einzutreten, ist eine durchaus unbegründete Behauptung der Beklagten; zudem haben dieselben dem Kläger einen solchen Eintritt auch gar nie angeboten.

5. Ebenso kann den Beklagten in der Argumentation nicht beigepflichtet werden, daß ihrerseits eine Schadenersatzpflicht für die Vereitelung der in Frage stehenden klägerischen Rechte aus dem Grunde nicht bestehe, weil diese Rechte von Anfang an durch die Thatsache bedingt gewesen seien, daß die Gesellschaft fortbestehe und in dem Zeitpunkt, in welchem das bedingte Recht des Klägers überhaupt in Wirksamkeit treten sollte, noch nicht aufgelöst sei. In dieser Beziehung ist nun mit Rücksicht auf den Vertrag vom

September 1891 ohne weiteres zuzugeben, daß die Beklagten nicht berechtigt gewesen wären, durch eine unter ihnen getroffene Übereinkunft, ohne Zustimmung des Klägers, die im Vertrage von 1888 bestimmte Vertragsdauer einseitig abzukürzen, sondern eine solche Abkürzung ohne Zustimmung des Klägers eine Vertragsverletzung gegenüber demselben enthalten hätte. Allein hier handelt es sich nicht um eine vertragliche Auflösung der Gesellschaft vor Ablauf der vereinbarten Vertragsdauer, sondern um eine gerichtliche Auflösung derselben aus wichtigen Gründen, nach Maßgabe des Art. 547 O.-R. Diese Gesetzesbestimmung, wonach die Auflösung einer Gesellschaft vor Ablauf der Vertragsdauer aus wichtigen Gründen verlangt werden kann, besteht von Gesetzes wegen neben jedem Gesellschaftsvertrag. Den Auflösungsgrund bildet hier, wie das Bundesgericht in Sachen Brunner gegen Vogel (A. S., Bd. XVI, S. 361, Erw. 4) ausgesprochen hat, die als Erlöschungs- bezw. Auflösungsgrund in Betracht kommende Thatsache; es handelt sich nicht um eine Vertragswirkung, welche auf den wirklichen oder präsumtiven Parteiwillen zurückzuführen wäre, sondern Art. 547 O.-R. stattet, ohne alle Rücksicht auf den Parteiwillen beim Vertragsschlusse, einen Thatbestand mit einer Rechtsfolge aus, welche von vornherein gar nicht wegbedungen werden kann, und auf welche die Beklagten durch den Vertrag vom September 1891 auch gegenüber dem Kläger nicht haben verzichten können. Bloß dadurch, daß die Beklagten von dem ihnen nach Art. 547 O.-R. zustehenden Recht Gebrauch gemacht haben, haben sie die dem Kläger durch den Gesellschaftsvertrag und den Vertrag vom September 1891 eingeräumten Rechte also nicht verletzt. Allein wenn auch die Erwirkung der Auflösung der Gesellschaft keine Vertragswidrigkeit gegenüber dem Kläger enthält, so bewirkte dieselbe doch nicht ohne weiteres die Hinfälligkeit des zwischen den Litiganten bestehenden Vertragsverhältnisses, sondern ebenfalls nur einen wichtigen Grund zu dessen Aufhebung im Sinne der Art. 346 und 547 O.-R., deren Anwendung auch auf Verpflichtungen zum Abschluß eines Dienst- oder Gesellschaftsvertrages einem begründeten Bedenken nicht unterliegen kann. Denn die Auflösung einer Gesellschaft bildet nicht nur einen wichtigen Grund im Sinne des Art. 346 O.-R. zur Auflösung der

zwischen der Gesellschaft und ihren Angestellten bestehenden Dienstverträge, sondern auch zur Auflösung eines Vorvertrages zur Eingehung eines Dienstvertrages, und in analoger Weise ist die Auflösung einer Gesellschaft als wichtiger Grund zur Auflösung eines Vertrages über Aufnahme eines neuen Gesellschafters zu betrachten. Immerhin ist bezüglich der (in casu einzig streitigen) ökonomischen Folgen einer solchen Auflösung in Betracht zu ziehen, in welchen Thatsachen der wichtige Grund liege, bezw. ob derselbe in einem vertragswidrigen Verhalten des einen Teils, oder in andern Verhältnissen seinen Ursprung habe; und nun wird allerdings anerkannt werden müssen, daß die Verpflichtung zukünftiger Aufnahme eines neuen Gesellschafters, nach den ein solches Vertragsverhälnis beherrschenden Grundsätzen der bona fides, diesem Kontrahenten gegenüber die Verpflichtung der Gesellschafter begründe, alles zu vermeiden, was Anlaß zu einer vorzeitigen Auflösung der Gesellschaft durch den Richter geben könnte. Der Kläger muß daher grundsätzlich als berechtigt angesehen werden, von denjenigen Gesellschaftern, welche durch ihre Verschuldung die Auflösung der Gesellschaft veranlaßt haben, Schadenersatz zu verlangen, und zwar in gleicher Weise, wie ein solcher Schadenersatzanspruch dem unschuldigen Gesellschafter gegen den schuldigen zusteht. Dies trifft in casu bezüglich der sämtlichen Beklagten zu, da durch das schiedsgerichtliche Urteil rechtskräftig festgestellt ist, daß sämtliche Beklagte die Auflösung der Gesellschaft Meyer, Sibler & Cie. verschuldet haben.

6. Im weitern muß sich fragen, ob die persönlichen Voraussetzungen, an welche das Eintrittsrecht des Klägers als Anteilhaber der Gesellschaft Meyer, Sibler & Cie. geknüpft war, beim Kläger als vorhanden anzunehmen seien. Die Vorinstanz hat diese Frage bejaht, indem sie davon ausging, daß diesfalls die Beklagten für ihre Einwendungen beweispflichtig seien, und feststellte, daß ein irgendwie genügender Beweis für dieselben weder erbracht noch anerboten worden sei. Diese von der Vorinstanz angenommene Verteilung der Beweislast rechtfertigt sich im vorliegenden Falle in der That, weil den Beklagten gegenüber dem Kläger ein rechtswidriges Handeln zur Last fällt, indem, wie oben ausgeführt die Beklagten gegenüber dem Kläger verpflichtet waren, ihrerseits

alles zu vermeiden, was zur Auflösung der Gesellschaft führen konnte, und sie nun dieser Verpflichtung zuwider gehandelt haben. Aus diesem vertragswidrigen Verhalten dürfen die Beklagten keinen Nutzen ziehen, sondern es muß, soweit dieses den Verhältnissen entspricht, eine Befreiung des Klägers von der Beweislast eintreten. Den Verhältnissen entspricht diese Befreiung in casu insoweit, als vom Kläger etwas mehr verlangt wird, als daß er sich über sein vertragsgemäßes Verhalten bis zur Auflösung der Gesellschaft Meyer, Sibler & Cie. ausweise. Dieser Ausweis muß aber als erbracht angesehen werden. Daß Kläger eine tüchtige Lehrzeit durchgemacht habe, ist nicht bestritten; ebenso ist nach den Akten anzunehmen, daß der Kläger seine Vorbereitung rücksichtlich der geforderten Sprachkenntnisse nicht vernachlässigt habe, und für die Beschuldigung, daß er keinen soliden Charakter habe, fehlen durchaus hinreichende Anhaltspunkte. Es kann sich also nur noch fragen, ob der Kläger in der Lage gewesen wäre, am 1. September 1898 eine Einlage von 50,000 Fr. zu machen. Die Beweislast würde den Kläger hierfür insofern treffen, als angenommen werden müßte, er hätte sich schon zur Zeit der Auflösung der Gesellschaft die Möglichkeit dieser Einlage definitiv sichern sollen. Allein eine solche Verpflichtung lag dem Kläger weder nach den Verträgen, noch nach den thatsächlichen Verhältnissen ob. Zwischen der Auflösung der Gesellschaft und dem vorgesehenen Zeitpunkte des Eintrittes des Klägers liegt ein Zeitraum von beinahe vier Jahren, von denen Kläger drei im Geschäfte als Angestellter zuzubringen hatte. Während dieser drei Jahre wäre der Kläger in der Lage gewesen, einen Einblick in das Geschäft zu gewinnen, und sich darüber schlüssig zu machen, ob der Eintritt in dasselbe für ihn vorteilhaft sei oder nicht. Kläger hatte daher auch keine Veranlassung, sich früher die Mittel für seine Einlage von 50,000 Fr. zu sichern. Wie die Vorinstanz festgestellt hat, ist nun aber dafür, daß es dem Kläger bis zum September 1898 nicht möglich gewesen wäre, die für die Einlage nötige Summe sich zu beschaffen, ein genügender Beweis von den Beklagten weder geleistet, noch auch nur anerboten worden.

7. Nach den vorstehenden Ausführungen ist endlich zu prüfen, ob und welcher Schaden dem Kläger aus der Nichterfüllung der

streitigen Verpflichtungen erwachsen sei. Für die Nichterfüllung der Verpflichtung, den Kläger während 3 Jahren als Commis anzustellen, hat die Vorinstanz dem Kläger nichts zugesprochen, indem sie davon ausging, daß derselbe während dieser Zeit in seiner Stellung als selbständiger Geschäftsinhaber einen Jahresgewinn von 3000 Fr. habe erzielen können, also mehr als ihm durch den Vertrag vom September 1891 zugesichert worden sei. Nun kann die Annahme der Vorinstanz, daß Kläger in seinem eigenen Geschäft jährlich durchschnittlich 3000 Fr. habe verdieneu können, nicht als aktenwidrig bezeichnet werden; dieselbe darf um so eher als richtig angesehen werden, als Kläger es unterlassen hat, im Prozesse irgend welche Auskunft über seinen bisherigen Verdienst zu geben, während er allein in der Lage ist, dies zu tun, und es unter diesen Umständen unbillig erscheint, den Beklagten einen weitern Beweis dafür, daß Kläger in seiner selbständigen Stellung vollständigen Ersatz für den ihm entgangenen Gehalt gefunden habe, aufzulegen. Ebenso erscheint es durchaus nicht als unzulässig, den allfälligen Minderverdienst im dritten Jahre (für welches im Vertrage vom September 1891 ein Gehalt von 4000 Fr. vorgesehen war) mit dem Mehrverdienst in den beiden ersten Jahren zu verrechnen. Es ist daher mit der Vorinstanz anzunehmen, daß der Kläger durch die Nichterfüllung der Verpflichtung, ihn als Commis im Geschäfte von Meyer, Sibler & Cie. anzustellen, einen Vermögensschaden nicht erlitten habe. Anders verhält es sich dagegen bezüglich der Vereitelung seines Eintrittes in jenes Geschäft als Gesellschafter. Hier ist die Vorinstanz, in Übereinstimmung mit der Klagebegründung, davon ausgegangen, daß die Gesellschaft Meyer, Sibler & Cie. jedenfalls bis 1. September 1901 fortgedauert hätte, und hat festgestellt, welchen Betrag Kläger vom 1. September 1898 bis 1. September 1901, auf welchen Termin die Gesellschaft von jedem Gesellschafter hätte gekündigt werden können, an Gehalt und Gewinnanteil eingenommen haben würde, und welchen Verdienst derselbe durch die anderweitige Verwertung seiner Arbeitskraft während dieser Zeit mutmaßlich erzielen werde. Den ersten Betrag hat die Vorinstanz zu 21,000 Fr. (7000 Fr. per Jahr), den letztern auf 9000 Fr. (3000 Fr. per Jahr) angenommen, und sodann die Entschädigung mit Rücksicht

darauf, daß dieselbe schon jetzt entrichtet werden müsse, auf 10,000 Fr. festgesetzt. Es ist klar, daß sich auch mit nur annähernder Sicherheit nicht festsetzen läßt, welche Summe Kläger als Gesellschafter jährlich an Gewinn und Gehalt zusammen erhalten hätte, und welche Einnahme er thatsächlich während jener 3 Jahre in seinem jetzigen Geschäfte erzielen werde. Nach Art. 116, Abs. 2, O.-R. hat der Richter den Betrag des Schadens nach freiem Ermessen unter Würdigung der Umstände festzusetzen, und zwar muß sich unter den Umständen des vorliegenden Falles das freie richterliche Ermessen auch auf die Feststellung der für die Berechnung des Schadens maßgebenden Thatsachen erstrecken, da eine strenge Begründung und ein strenger Beweis für dieselbe gar nicht möglich ist. Daß nun die Vorinstanz von dem ihr gesetzlich zustehenden freien Ermessen einen unbilligen, willkürlichen Gebrauch zum Nachteil einer Partei gemacht habe, kann nicht gesagt werden. Es ist ja möglich, daß die Einnahmen des Klägers als Gesellschafter weniger als 7000 Fr. pro Jahr betragen hätten, und daß sein Verdienst während der in Frage stehenden 3 Jahre sich auf mehr als 3000 Fr. per Jahr beläuft. Allein dem Bundesgericht mangelt jeder bestimmte Anhaltspunkt dafür, um den Gebrauch, welchen die Vorinstanz von ihrem freien richterlichen Ermessen gemacht hat, als gesetzwidrig zu bezeichnen. Die Annahme, daß die Einnahme an Gewinn und Salär 7000 Fr. per Jahr betragen würde, weicht nur sehr wenig von der von den Beklagten selbst bei der obergerichtlichen Verhandlung eingereichten (übrigens unbeglaubigten und in keiner Weise belegten) Zusammenstellung ab, in welcher die durchschnittliche Einnahme für die Jahre 1881—1894 auf 6881 Fr. angegeben wird. Und dafür, daß Kläger in seinem eigenen Geschäfte voraussichtlich mehr als 3000 Fr. verdienen werde, haben die Beklagten, welche in dieser Richtung anführungs- und beweispflichtig waren, gar keine Anhaltspunkte beigebracht. Es muß daher, was den dem Kläger aus der vorzeitigen Auflösung der Gesellschaft Meyer, Sibler & Cie. entstehenden Ausfall an Einnahmen betrifft, auf das obergerichtliche Urteil abgestellt werden, wonach jener Ausfall im Ganzen 12,000 Fr. betragen würde. Derselbe träte aber erst in den Jahren 1898 bis 1901 ein, und würde sich gleichmäßig auf diese Jahre verteilen,

während Kläger die Entschädigung jetzt schon erhält und zwar nebst Zins vom Tage der Klage (22. Juli 1895) an. Der Zinsgewinn, den der Kläger hierdurch macht, beträgt ungefähr 2000 Fr., und es ist daher vollkommen gerechtfertigt, aus diesem Grunde die Entschädigung auf 10,000 Fr. herabzusetzen. Da Kläger nur eventuell, für den Fall als sein erster Standpunkt nicht gutgeheißen werden sollte, Anspruch auf einen Anteil am Liquidationsgewinn erhoben hat, jener erste Standpunkt aber als zutreffend erfunden worden ist, so ist auf die eventuelle Klagebegründung nicht einzutreten.

8. Dem Antrage der Beklagten, daß sie gemäß dem Klagebegehren nur solidarisch mit Benedikt Sibler zur Zahlung der Entschädigung verurteilt werden, kann in dieser Form nicht entsprochen werden, da Benedikt Sibler nicht Prozeßpartei ist, während er selbstverständlich nur in einem Prozeß verurteilt werden kann, an welchem er selbst als Partei teilgenommen, und daher Gelegenheit gehabt hat, seine Rechte zu wahren. Es kann vielmehr lediglich den Beklagten das Recht vorbehalten werden, den verhältnißmäßigen Regreß gemäß Art. 168 O.-R. gegen denselben geltend zu machen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung sowohl des Klägers, als der Beklagten wird als unbegründet erklärt und daher das Urteil der Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 12. Dezember 1896, sowohl in der Hauptsache, als im Kostenpunkte, bestätigt.

---

100. *Arrêt du 3 avril 1897 dans la cause Leblanc contre Debély.*

Dans la nuit du 27 au 28 avril 1895, les gardes-frontières Bovey et Zurbuchen, attachés au bureau des péages de Meudon, près les Verrières, faisant leur service de surveillance sur la frontière franco-suisse, surprirent deux individus

qui tentaient d'introduire de France en Suisse des marchandises sans payer les droits d'entrée. A la rencontre des douaniers, ces deux individus jetèrent leurs charges à terre et s'enfuirent sans être reconnus. La marchandise ainsi abandonnée consistait en deux ballots de tissus, qui étaient soumis à un droit de 220 fr.

Quelques instants auparavant, les gardes Bovey et Zurbuchen avaient remarqué une voiture qui stationnait sur la route, accompagnée de deux individus. Ils avaient reconnu cette voiture pour être celle de Debély, négociant et voiturier à Fleurier, et son conducteur pour être Debély lui-même. L'autre personnage ne fut pas reconnu par les gardes.

A peu près au même moment, les gardes, embusqués et couchés à terre, avaient vu passer près d'eux le nommé Létoublon, marchand de fromages aux Verrières, dont les allures suspectes les avaient déjà frappés pendant la soirée. Létoublon, ayant lui-même aperçu les gardes, s'était mis à courir dans la direction de la frontière, et c'est précisément à ce moment-là que les deux inconnus chargés de ballots avaient été rencontrés par les agents.

A la suite de ces faits, les gardes Bovey et Zurbuchen dénoncèrent Debély et Létoublon « comme étant les auteurs ou tout au moins les instigateurs de la contravention, » et ils dressèrent procès-verbal contre eux pour importation de marchandises par chemin non permis.

Par lettre du 30 avril 1895, le receveur du bureau des douanes de Meudon somma Debély de venir signer le protocole de contravention, lui donnant jusqu'au 3 mai pour se soumettre à la décision de l'administration, à défaut de quoi celle-ci statuerait suivant la rigueur de la loi.

Le 5 mai 1895, Debély et Létoublon se rendirent au bureau de Meudon et signèrent la déclaration suivante au pied du procès-verbal de contravention :

« Les contrevenants déclarent se soumettre volontairement et sans réserve à la décision de l'administration des douanes, et se recommandent à son indulgence. »

Le 24 mai 1895, le receveur de Meudon informa Debély

que la direction des douanes avait infligé à celui-ci une amende de quinze fois le droit fraudé, soit 3300 fr., que toutefois, vu sa soumission immédiate et sans réserve, il lui était fait remise du tiers de l'amende, ce qui la réduisait à 2200 fr., à la condition que cette somme fût payée dans la huitaine.

Debély n'ayant pu payer dans le délai fixé, l'amende fut transformée par l'Administration des douanes en une année de prison. Après divers sursis, Debély fut enfin arrêté dans le courant de juin 1895 et conduit à Môtiers, chef-lieu du district du Val-de-Travers et siège de la préfecture. Là il obtint du préfet, sur l'intervention du demandeur Leblanc, négociant à Fleurier, et de Edouard Vuillemin-Vaucher, à Fleurier, un dernier délai de deux jours pour payer l'amende et éviter ainsi la prison.

Durant ce délai, Leblanc prit des mesures pour procurer à Debély l'argent nécessaire au paiement de l'amende, et cela de la manière suivante :

Il souscrivit, sous date du 20 juin 1895, à l'ordre d'un tiers, un billet de change de 2200 fr., payable le 5 septembre 1895 et domicilié à la Banque de travail des Bayards, à l'ordre de laquelle ce billet fut endossé par le tiers le 24 juin 1895. Ce billet fut remis à Debély, qui se rendit le 25 juin 1895 à la dite Banque pour en percevoir le montant, qui lui fut versé comme suit :

en un chèque à l'ordre de Leblanc sur la Banque cantonale neuchâteloise . . .	Fr. 1000 —
en un dit sur le Comptoir d'escompte du Val-de-Travers	» 1000 —
en espèces	» 172 35
L'escompte	» 27 65
en formait l'appoint nécessaire pour parfaire le montant du billet	Fr. 2200 —

Ces valeurs furent remises à Debély sans que celui-ci eût à signer une quittance ou à endosser le billet. Dans sa déposition, le caissier de la Banque des Bayards a déclaré qu'il avait été autorisé à agir ainsi par Leblanc. Ce paiement fut

porté par la dite Banque au compte de Leblanc, à l'échéance du billet.

Muni de ces valeurs, Debély revint à Fleurier auprès de Leblanc. Celui-ci encaissa les chèques et livra à Debély 2175 fr. en espèces ; Debély emprunta à un ami les 25 fr. manquants, et put ainsi payer à la préfecture l'amende de 2200 fr. et éviter la prison.

Le 26 décembre 1895, Debély adressa à Leblanc une facture de 37 fr. se composant des articles suivants :

Pour une course aux Verrières, le 27 avril 1895 (jour de la contravention)	Fr. 6 —
Pour une course aux Bayards, le 24 juin (date du billet).	» 6 —
et pour l'escompte du billet, retenu par la Banque des Bayards.	» 25 —
Ensemble	Fr. 37 —

Leblanc répondit à Debély, le 27/29 décembre 1895, qu'il ne reconnaissait pas lui devoir cette somme et qu'il refusait de la lui payer. Il ajoutait : « Puisque vous prenez la peine de me rafraîchir la mémoire, veuillez prendre note d'avoir à me rembourser la somme de 2175 fr. que je vous ai versée le 24 juin 1895 pour vous empêcher de faire une année de prison. Je remets du reste à M. C. L. Perregaux toute cette affaire. »

Par exploit du 28 décembre 1895, en effet, l'avocat Perregaux, au nom de Leblanc, actionnait Debély en paiement de la somme de 2200 fr., avec assignation devant le tribunal pour le 27 janvier 1896. Debély ne produisit pas de réponse dans le délai légal et ne se présenta pas à l'audience du 27 janvier. Défaut fut pris contre lui, mais il se fit relever du défaut et il obtint du président du tribunal un nouveau délai de 14 jours pour produire sa réponse ; mais au moment où Debély allait la produire, Leblanc lui fit notifier, le 20/21 février 1896, qu'il se désistait de sa demande en reconnaissance de dette de 2200 fr.

Debély réclama alors à Leblanc, d'abord par lettre, puis

par demande formée devant la Justice de paix, une somme de 200 fr. à titre de dommages-intérêts pour le préjudice et les frais que Leblanc lui avait causés par ses actes. Devant la Justice de paix Leblanc forma une demande reconventionnelle de 2200 fr.

Le Juge de paix se déclara incompétent et renvoya les parties devant le tribunal du Val-de-Travers, pour faire statuer sur leurs demandes respectives.

C'est à la suite de ces incidents que P. Leblanc a intenté à Debély une nouvelle action, concluant au paiement de 2200 fr., avec intérêt à 5 % dès le 5 septembre 1895, date de l'échéance du billet.

A l'appui de cette conclusion, Leblanc invoquait le paiement de même somme qu'il avait effectué à la Banque des Bayards pour le compte de Debély, et les règles du contrat de prêt. (CO. art. 329 et suiv.)

Debély répondit en concluant :

Plaise au tribunal : 1. Déclarer la demande mal fondée.

Reconventionnellement 2. Condamner Leblanc à payer à Debély la somme de 600 fr., ou ce que justice connaîtra, à titre de dommages-intérêts.

Debély invoquait, à l'appui de ses conclusions, les motifs suivants :

En fait :

Debély était au service de Leblanc, comme voiturier, lorsqu'il a été reconnu le 27/28 avril 1895 par les gardes-frontière ; c'est Leblanc qui était avec lui, près de la voiture ; il s'était fait conduire là par Debély, — à ce que celui-ci apprit plus tard, — pour recevoir des marchandises de contrebande. L'expédition ayant manqué, Leblanc avait supplié Debély de se reconnaître coupable, lui promettant de payer tout ce qui lui serait réclamé par l'administration des douanes. Confiant dans cette promesse, Debély s'était alors soumis, ainsi que Létoublon. Leblanc, qui agissait pour compte d'un tiers, en avait reçu les fonds nécessaires au paiement des amendes prononcées contre Debély et contre Létoublon, il avait effectivement versé à ce dernier les 2200 fr. dus par lui, mais il

avait gardé par devers lui les 2200 fr. qu'il aurait dû remettre dans le même but à Debély, lequel se trouva ainsi menacé de la prison. Ce n'est qu'au dernier moment, et pour éviter une dénonciation, que Leblanc s'est décidé à procurer la prédite somme à Debély. Ce dernier n'a pas voulu signer le billet, pas plus qu'une reconnaissance, parce qu'il ne devait rien, et que la somme en question ne lui avait été remise, — ensuite de convention entre Leblanc et lui, — que pour acquitter l'amende due en réalité par Leblanc. Leblanc devait à Debély 12 fr. pour deux courses aux Verrières et aux Bayards et 25 fr. pour l'escompte du billet. Les démarches juridiques de Leblanc avaient porté une grave atteinte à la situation personnelle de Debély, et lui avaient causé un préjudice évalué à 600 fr.

En droit, Debély invoquait la convention intervenue entre parties et les art. 50 et 72 CO.

Dans la procédure probatoire, plusieurs témoins furent entendus et il résulte entre autres ce qui suit de leurs dépositions, d'ailleurs fort réservées :

Le témoin Bolle, caissier de la Banque des Bayards, confirme que Debély n'a signé aucune quittance ou décharge des valeurs qui lui ont été remises contre le billet de Leblanc de 2200 fr. ; qu'il ne lui a pas fait endosser ce billet parce qu'il y était autorisé par Leblanc, et que la somme de 2200 fr. a été portée directement au compte de Leblanc à l'échéance du 5 septembre 1895.

Le témoin Louis Piaget dépose qu'en mai ou juin 1895 il fut chargé par Leblanc, aux Verrières, de dire à Debély et à Létoublon de ne pas signer le procès-verbal de contravention pour une affaire de contrebande, mais qu'il ne put leur transmettre cet avis.

L'appointé de gendarmerie Mack rapporte que lorsqu'il fut chargé d'arrêter Debély et de l'amener à Môtiers, celui-ci alla immédiatement voir Leblanc, qui se rendit à Môtiers et lui dit : « Je vais à la préfecture, ne sois pas en peine, je ne veux pas te laisser aller en prison. »

Le témoin Ed. Vuillemin-Vaucher a assisté à une conversa-

tion, à Fleurier, entre Debély, Leblanc et l'endosseur du billet de 2200 fr. Le témoin, dont les souvenirs ne sont pas très nets, déclare seulement qu'« il a été souvent question, dans cet entretien, de la signature de ce billet pour souscription ou endossement, soit par l'un, soit par l'autre. »

G. Létoublon ne se souvient de rien ou à peu près; il reconnaît pourtant avoir insisté auprès de Debély, après que le procès-verbal eût été dressé, pour qu'il intervînt comme caution en sa faveur. Le compte courant de Létoublon chez Leblanc porte les écritures suivantes :

a) au débit de Létoublon :

1895, 31 juillet: m/ versement espèces du 24 mai (1895)	Fr. 2000 —
1895, août 7 : m/ versement espèces de ce jour	» 700 —
	Fr. 2700 —

b) au crédit de Létoublon :

1895, novembre 14, son paiement en compte	Fr. 1200 —
1896, janvier 5, son versement en compte .	» 1500 —
	Fr. 2700 —

Le sieur André Martin, négociant à Genève, à l'ordre duquel avait été endossé le billet de 2200 fr. créé par Leblanc, a déclaré avoir eu avec ce dernier plusieurs affaires de banque, et lui avoir fait un endossement, comme garantie de compte, à la Banque des Bayards, mais en ignorant de quoi il s'agissait. Il ajouta « j'ai entendu dire que Leblanc et Debély font ensemble de la contrebande, mais je ne m'en suis jamais occupé. »

Par jugement du 4 janvier 1897, le tribunal cantonal de Neuchâtel a prononcé ce qui suit :

« La demande principale et la demande reconventionnelle sont déclarées mal fondées. Leblanc est condamné aux frais et dépens. »

Cette décision s'appuie, en substance, sur les motifs ci-après :

Leblanc fondait son action sur un contrat de prêt (CO. art. 329); il devait dès lors prouver, non seulement qu'il avait

versé la somme réclamée, mais que ce versement avait été effectué à titre de prêt et il n'a pas rapporté cette preuve. Le juge, à la vérité, aurait pu suppléer à cette preuve directe, s'il existait en faveur du contrat de prêt des présomptions graves et concordantes, mais tel n'est pas le cas en l'espèce. La demande reconventionnelle est écartée par le tribunal par le motif qu'il n'est pas prouvé et qu'il est même peu vraisemblable que Debély eût été entraîné, à son insu, dans une expédition de contrebande et eût par là souffert un dommage. Quant aux 39 fr. que Debély avait dû payer à Leblanc pour les frais du jugement par défaut, il ne pouvait s'en prendre qu'à lui-même de cette suite de sa négligence.

Par déclaration du 23 février 1897, Leblanc s'est pourvu en réforme contre ce jugement ; dans le mémoire qui accompagne son recours, il fait valoir en résumé les considérations suivantes :

Leblanc n'a aucune responsabilité dans l'affaire concernant la contravention douanière, à laquelle Debély n'a pas même tenté de prouver que le recourant ait participé. En revanche il a été établi en procédure que Leblanc aurait conseillé à Létoublon et à Debély de ne pas accepter d'abord le procès-verbal, mais on ne peut inférer de ce simple conseil, qui lui était d'ailleurs demandé par Debély, que Leblanc ait eu une responsabilité quelconque dans l'affaire en question ; les constatations du tribunal cantonal n'établissent aucune participation aux actes de contrebande commis par Debély et par Létoublon. Si Leblanc a prêté à Debély les fonds nécessaires au paiement de l'amende, c'est uniquement pour lui épargner un emprisonnement d'une année, et cela sur ses demandes pressantes, mais cette intervention toute amicale et humanitaire n'implique aucune responsabilité morale ou financière de Leblanc. Si Martin et Leblanc n'ont pas fait signer le billet par Debély, c'est parce qu'ils ne voulaient pas mettre leur banquier en relation avec un débiteur, qui ne pouvait pas même payer l'escompte du billet. A l'échéance du billet, Debély ne remit aucun fonds à Leblanc, qui lui réclama le remboursement par une action en reconnaissance de dette,

dont il se désista pour éviter des frais. Debély a reçu 2200 fr. de la Banque des Bayards, payant pour le compte et sous les signatures de Leblanc et Martin. Leblanc est donc créancier de Debély pour cette somme.

En droit, Leblanc n'avait aucune obligation de payer l'amende en lieu et place de Debély, ni l'obligation morale de lui en fournir les fonds. Debély a reçu *un prêt d'argent*, qu'il est tenu de rembourser. Si l'on voulait même admettre, ce qui n'a jamais existé, que Debély faisait de la contrebande pour Leblanc, celui-ci n'aurait pas été responsable des actes de Debély, lorsque celui-ci s'est fait prendre en contravention et s'est volontairement déclaré coupable. Si Debély n'est pas intervenu dans le billet de change de 2200 fr., c'est surtout par le motif que Leblanc et Martin n'entendaient lui faire qu'une avance, et non un don. Il est prouvé que ce n'est que sur les supplications de Debély que Leblanc s'est engagé à faire le prêt après avoir obtenu de Martin qu'il endossât le billet de 2200 fr. La seule livraison de l'argent à Debély suffisait pour rendre celui-ci définitivement débiteur ; il suffisait, à cet effet, d'établir que la somme avait été versée, et Debély reconnaît l'avoir reçue. Le juge n'avait qu'à constater ce fait, et à condamner en conséquence Debély à rembourser. Le tribunal cantonal, par son jugement, a commis un excès de pouvoir ; en effet, en ne condamnant pas Debély, il déclarait implicitement Leblanc coupable de contravention douanière, ce dont il n'avait pas le droit. Le même tribunal a violé en outre l'art. 329 CO., alors que Leblanc avait fait la preuve du prêt de 2200 fr. Enfin, en ne restituant pas cette somme à Leblanc, Debély s'enrichit sans cause légitime aux dépens d'autrui, et il est tenu à restitution (CO. art. 70). Les dispositions de l'art. 72 *ibidem*, invoquées par Debély dans sa réponse, ne sont pas applicables en l'espèce. En ce qui concerne la demande reconventionnelle, Debély, qui a succombé entièrement dans sa demande en dommages-intérêts, eût dû être condamné à une partie des frais et dépens de l'action.

Le recours conclut en conséquence à ce qu'il plaise au

Tribunal fédéral déclarer bien fondé le recours en réforme annuler le jugement du 4 janvier 1897, condamner Debély à rembourser et payer à Leblanc la somme de 2200 fr. avec intérêts à 5 % dès le 5 septembre 1895, et mettre à la charge de Debély tous les frais tant de l'instance cantonale que du recours.

Dans sa réponse, Debély conclut au rejet du recours et à ce qu'il plaise au tribunal de céans confirmer le jugement attaqué, et condamner le recourant aux frais du recours, ainsi qu'au paiement d'une somme de 80 fr. à titre de dépens extrajudiciaires.

A l'appui de ces conclusions, Debély fait valoir en substance :

En fait : C'est Leblanc qui, après la constatation de la contravention, dont il était l'instigateur, est venu supplier Debély et Létoublon de se reconnaître seuls coupables, afin de ne pas être obligé de payer l'amende pour trois personnes au lieu de deux. Confiants dans les promesses de Leblanc, qui s'était engagé à supporter toutes les conséquences de l'affaire, Debély et Létoublon signèrent le procès-verbal ; Leblanc est précisément un des inconnus dont ce procès-verbal fait mention ; il avait pris la fuite au premier coup de feu tiré par les agents douaniers, tandis que Debély, ignorant les intentions délictueuses de Leblanc, était resté en vue de chacun, alors qu'il aurait aussi pu prendre la fuite sans être reconnu. Debély n'a jamais demandé de conseils à Leblanc, et il est faux que celui-ci lui aurait conseillé de ne pas accepter le procès-verbal. Si Leblanc s'est obligé de fournir des fonds à Debély, c'était uniquement par crainte de se voir dénoncer comme le vrai coupable de la tentative de contrebande. Leblanc avait d'abord remis à Létoublon, dont la dénonciation était le plus à craindre, 2200 fr. pour ce qui concernait ce dernier, mais il utilisa pour son profit exclusif les fonds destinés à Debély, qu'il laissa arrêter à deux reprises par la police. L'effet de 2200 fr. était un effet de complaisance, mais de Martin envers Leblanc, et non de la part de Martin et Leblanc envers Debély. Si Debély, malgré l'insistance de

Leblanc, n'a point signé ce billet, c'est qu'il n'admettait pas devoir quoi que ce soit à Leblanc. Leblanc, en payant 2200 fr. pour Debély, n'a fait que remplir les engagements contractés par lui le 29 avril 1895, et Debély n'est nullement tenu à le rembourser, attendu qu'il ne s'agit pas d'un prêt, et que Debély n'est à aucun titre débiteur de Leblanc.

En droit : Debély s'étant reconnu coupable du délit commis par Leblanc, il est juste que celui-ci supporte les conséquences de l'affaire, en payant pour Debély le montant de l'amende infligée à celui-ci, sans être autorisé à en réclamer plus tard la contrevaleur sous le prétexte que cette somme aurait été remise à titre de prêt.

Si Debély eût été coupable de contrebande, il se fût empressé de souscrire le billet de 2200 fr., et Leblanc l'eût exigé, comme condition absolue à son intervention. Les témoins entendus, qui ont tous déclaré ne rien savoir, avaient certainement reçu les instructions de Leblanc, et c'est avec raison que le tribunal cantonal a apprécié ces dépositions à leur juste valeur. Rien, dans la procédure, ne justifie que Leblanc ait remis à Debély la somme de 2200 fr. à titre de prêt, ni même que ce versement ait été effectué à condition que la somme fût rendue ; la forme en laquelle le billet de change a été établi et signé constitue contre Leblanc une preuve que Debély n'était pour rien dans l'affaire, et n'était pas tenu à restituer la somme ; s'il en eût été autrement, Leblanc aurait, avant de remettre les fonds à Debély, fait signer à celui-ci une quittance mentionnant qu'il s'agissait d'un prêt, et indiquant le taux de l'intérêt ainsi que le mode de remboursement. Le contrat prévu par l'art. 329 CO. n'a donc jamais été conclu.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1. — Il résulte des articulations de fait, des motifs de droit de la demande, et surtout des conclusions prises par le demandeur, que l'action intentée par Leblanc à Debély se caractérise comme une action en restitution de prêt, et c'est bien ainsi que, dans son jugement, le tribunal cantonal l'a envisagée.

Le défendeur, de son côté, conteste l'obligation de rem-

bourser la somme réclamée, attendu que cette somme, — qu'il reconnaît d'ailleurs avoir reçue pour payer l'amende à laquelle il avait été condamné et pour éviter la prison, — ne lui a pas été remise à titre de prêt, mais en vertu d'une convention, et en vue d'accomplir un devoir moral (art. 72, al. 2 CO.).

2. — Pour obtenir l'adjudication des fins de son action, le demandeur avait dès lors à prouver que Debély avait bien reçu, *à titre de prêt*, la somme de 2200 fr. en litige. Il avait donc, dans tous les cas, à rapporter la preuve qu'un *contrat de prêt* existait entre lui et Debély, en d'autres termes que Debély avait pris l'engagement de rembourser les 2200 fr.

Cette obligation de restituer, laquelle se caractérise, aux termes de l'art. 329 CO., comme un élément et non pas seulement comme un effet du contrat de prêt, n'a pas besoin, à la vérité, d'être expressément stipulée ; elle peut résulter des circonstances, mais il faut, pour cela, qu'il soit démontré que l'objet en question (somme d'argent ou choses fongibles) a été remis et reçu comme prêt, et à nul autre titre. Contrairement à l'opinion soutenue dans le mémoire à l'appui du recours, la seule preuve que l'argent a été remis ne suffit donc pas pour démontrer l'existence du prêt ; il faut, de plus, que l'intention des parties de s'obliger à titre de prêteur ou d'emprunteur soit établie (voir arrêts du Tribunal fédéral du 21 août 1894 en la cause Schenk contre Weber ; Oehmiger contre Schneebeli, *Rec. off.* XX, pages 496 et suiv. ; Romy contre Banque populaire de Moutier, *ibid.* XXI, page 1170 consid. 2). C'est bien à ce point de vue que le tribunal cantonal s'est placé ; il a admis que le versement litigieux n'avait point eu lieu à titre de prêt, et il a déclaré en conséquence la demande mal fondée.

3. — La question, décisive en l'espèce, de la preuve et de la répartition du fardeau de la preuve ayant été ainsi correctement posée par le tribunal cantonal, la seule question qui reste à examiner est celle de savoir si c'est avec raison que l'instance cantonale a prononcé que la preuve du contrat de prêt n'avait pas été rapportée par le demandeur.

Dans l'espèce il n'existe aucun titre, soit document écrit,

constatant que Debély a reçu la somme dont il s'agit à titre de prêt, mais il est constant que Leblanc la lui a remise sans exiger un pareil acte, ni même un reçu. Le billet de change sur la Banque des Bayards ne porte pas non plus le nom ni la signature de Debély ; il en est de même du chèque sur la Banque neuchâteloise. En outre aucun des témoins entendus à la requête du demandeur pour suppléer à l'absence d'une reconnaissance écrite, n'a déclaré que c'était à titre de prêt que Leblanc avait remis, et que Debély avait reçu la somme de 2175 fr. ; Leblanc n'a pas même posé à ces témoins des questions tendant à établir ce fait.

L'existence du prêt litigieux ne résulte pas davantage de l'aveu de la partie défenderesse (Cc. neuch. art. 1103 et suiv.), ou du serment décisoire, que Leblanc n'a point déféré à sa partie adverse. D'autre part le tribunal cantonal a déclaré qu'on ne se trouve en présence d'aucune présomption permettant d'admettre cette existence comme prouvée. Cette constatation lie le Tribunal fédéral, attendu qu'elle n'est contraire ni aux pièces du dossier, ni aux règles du droit fédéral.

Sans doute le fait seul de recevoir et d'accepter une somme d'argent peut, selon les circonstances, former une présomption suffisante pour faire admettre l'existence d'un prêt, ainsi que l'obligation de restituer. Mais, pour qu'il en soit ainsi, il faut que cette présomption se présente avec un caractère de précision et de nécessité qui ne laisse subsister aucun doute ; il faut qu'aux yeux du juge la remise de la somme réclamée ne puisse s'expliquer raisonnablement que par la supposition d'un prêt.

4. — Or tel n'est point le cas dans l'espèce actuelle. Debély, en effet, ne se borne pas à nier le prêt, mais il allègue, en vue de l'expliquer, des raisons tendant à démontrer que la remise en ses mains de la somme litigieuse aurait eu un autre mobile que l'intention de Leblanc de lui venir en aide pour lui éviter la prison. Selon Debély, en effet, Leblanc lui aurait, non point prêté, mais *donné* cette somme, par le motif qu'en réalité c'était pour le demandeur que

l'affaire de contrebande avait été tentée, pour lui que le défendeur s'était reconnu coupable, et que c'était lui qui devait dès lors en supporter les conséquences. Les présomptions qui pourraient résulter de la remise de la somme de 2175 fr. se trouvent ainsi contrebalancées par d'autres présomptions, de nature à exercer leur influence sur la conviction du juge, si elles sont assez fortes pour faire naître dans son esprit des doutes sérieux sur l'existence du dit prêt.

Or telle est précisément la situation dans le présent litige. La remise de 2200 fr. (soit 2175 fr.) faite par Leblanc à Debély ne suppose pas nécessairement l'existence d'un prêt; elle peut s'expliquer sans peine par d'autres causes, d'après les circonstances de l'espèce et les données de la procédure. Dès lors la seule présomption résultant du fait que Leblanc a fourni de l'argent pour payer une dette de Debély ne suffit pas pour que la preuve du prêt puisse être admise. Cette présomption se trouve en effet neutralisée par d'autres présomptions contraires, résultant notamment des témoignages intervenus en la cause et consignés dans les faits du présent arrêt.

C'est évidemment dans ce sens que l'on doit interpréter le considérant du jugement cantonal, portant que le juge aurait pu suppléer à la preuve directe s'il existait en faveur du prêt des présomptions graves et concordantes, mais que ce n'était pas le cas dans l'espèce.

Cette appréciation du tribunal cantonal est entièrement justifiée par la procédure, et il y a lieu d'en inférer, avec le jugement attaqué, que la preuve du prêt, laquelle n'a point été rapportée directement, ne l'a pas été davantage par la voie indirecte des présomptions. En présence de l'ensemble des circonstances de la cause, telles qu'elles ressortent de la procédure, — notamment de l'absence de reconnaissance pour une somme aussi importante, — et du fait du désistement de Leblanc de sa première action, il n'est point impossible ni inadmissible que la remise de la somme de 2175 fr. par Leblanc à Debély ait eu une autre cause que l'intention de faire un prêt, et il n'est nullement invraisemblable que

Debély ait reçu cette valeur sans contracter l'engagement de la rembourser au demandeur. Or cette constatation suffit pour que l'on doive prononcer que la preuve du prêt, soit de l'obligation, n'est point faite.

5. — Le moyen tiré d'un prétendu enrichissement illégitime n'est pas recevable, attendu qu'il n'a pas été formulé dans la demande, laquelle était expressément et exclusivement basée sur le contrat de prêt, et que ce moyen constitue dès lors une conclusion nouvelle, inadmissible aux termes de l'art. 80 de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale.

D'ailleurs, même en le supposant recevable, ce moyen devrait être écarté, attendu que c'eût été en tout cas au demandeur à prouver que Debély avait reçu son argent sans cause légitime, ou ensuite d'une erreur du dit demandeur. Or non seulement il n'a pas rapporté cette preuve, mais il ressort de la procédure que c'est Leblanc lui-même qui a remis la somme en question à Debély, dans le but déterminé de payer l'amende à laquelle ce dernier avait été condamné. La cause de l'enrichissement de Debély se trouverait donc dans la volonté, — quel qu'en ait été le mobile, — du demandeur Leblanc, et cette cause ne présente rien d'illégitime en elle-même. La demande devrait donc être rejetée, même si elle pouvait être prise en considération comme basée sur un enrichissement illégitime (art. 70 et suiv. CO.).

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est écarté, et le jugement rendu entre parties par le tribunal cantonal de Neuchâtel, le 4 janvier 1897, est maintenu tant au fond que sur les dépens.

101. *Arrêt du 9 avril 1897 dans la cause Bratschi contre Société de fromagerie de Commugny.*

A. Par convention du 25 juin 1888, l'association de la fromagerie et du poids public de Commugny a vendu au laitier Christian Sulliger le lait à apporter par les sociétaires à la laiterie du 1er octobre 1888 au 30 septembre 1889. Les engagements contractés par l'acheteur étaient garantis par le cautionnement solidaire de Th. Bratschi, laitier à Mont-sur-Rolle, et de Jacques Beetschen, laitier à Céligny.

Le 28 août 1888, Th. Bratschi a repris pour son compte personnel le marché conclu par Sulliger et fourni, outre le cautionnement de J. Beetschen, celui de Ch. Rieben, négociant à Rolle.

Le 4 août 1889, Bratschi et la Société de fromagerie de Commugny conclurent une nouvelle convention pour la période du 1er octobre 1889 au 30 septembre 1890. Le cautionnement de Rieben fut maintenu et celui de Beetschen remplacé par celui de J. Siegfried, à Genève.

Le 14 juin de l'année suivante les parties conclurent un troisième contrat pour la vente du lait du 1er octobre 1890 au 30 septembre 1891. Ce contrat renferme sous N° 4 la clause ci-après :

« Le cautionnement est supprimé pour la période 1890 à 1891 et remplacé par un dépôt de 3000 fr. que devra faire M. Th. Bratschi à la Banque cantonale vaudoise et portant intérêt en sa faveur. Ce dépôt ne pourra être retiré qu'après règlement définitif de tous comptes entre l'acheteur du lait et les associés. »

Au lieu toutefois d'effectuer le dépôt à la Banque cantonale vaudoise, Bratschi versa les 3000 fr. à M. L. Polencent, alors secrétaire de la Société de fromagerie, qui lui en délivra un reçu ainsi libellé :

« Reçu de Théophile Bratschi la somme de 3000 fr. à titre de dépôt de garantie pour la Société de fromagerie. Commugny, 13 juillet 1890. (Signé) L. Polencent. »

Le surlendemain Polencent versa cette somme à la banque Monastier, à Nyon, qui ouvrit un compte de dépôt au nom de Bratschi avec la mention : « Dépôt servant de garantie à la Société de fromagerie de Commugny. »

Depuis cette époque les parties renouvelèrent cinq fois leur contrat de vente de lait pour les années 1891 à 1895, déclarant chaque fois maintenir le dépôt en garantie. Dans le contrat du 30 juin 1891, cette déclaration est ainsi conçue :

« Les valeurs consignées par dépôt par l'acheteur en garantie de ses engagements ne pourront être retirées qu'après extinction complète du compte créancier de chaque associé. »

Dans les contrats des 30 novembre 1891 et 18 juillet 1892, les termes employés sont à peu près identiques. Dans ceux du 13 juin 1893 et 30 septembre 1894 la clause en question est modifiée comme suit :

« Les valeurs consignées antérieurement par l'acheteur M. Bratschi dans un établissement de crédit du canton, en garantie des engagements contractés envers l'association, ne pourront être retirées par celui-ci qu'après règlement intégral de tous comptes respectifs. »

Les engagements réciproques des parties devaient durer, à teneur du dernier contrat, jusqu'au 30 septembre 1895. Le 23 août déjà, Bratschi écrivit à la Société de fromagerie en l'invitant à tenir à sa disposition, pour le 1er octobre, la somme de 3000 fr. qu'il avait remise le 13 juillet 1890 à M. L. Polencent en garantie de ses engagements. La Société n'ayant pas fait droit à cette demande, Bratschi lui fit notifier le 4 octobre un commandement de payer auquel elle fit opposition dans les termes suivants :

« Nous estimons ne rien devoir à M. Bratschi, le dépôt fait en son nom le 15 juillet 1890 à la banque Monastier, à Nyon, et servant de garantie par le dit Bratschi pouvant être retiré par celui-ci après règlement définitif de tous comptes entre lui et la laiterie de Communigny, selon conventions intervenues. »

Antérieurement à cette réclamation, la banque Monastier était tombée en faillite.

B. A la suite de ces faits, Bratschi a ouvert action contre la Société de fromagerie de Commugny, concluant à ce qu'il fût prononcé, avec suite de dépens, qu'elle devait lui faire prompte restitution de la somme de 3000 fr. qui lui avait été remise le 13 juillet 1890 à titre de dépôt de garantie, avec intérêt au 5 % dès le 1er janvier 1895. Il motivait cette conclusion de la manière suivante :

D'après la convention du 14 juin 1890, le cautionnement destiné à garantir les engagements de l'acheteur a été remplacé par un dépôt de 3000 fr. que Bratschi devait effectuer à la Banque cantonale vaudoise. En dérogation à cette clause et du consentement de l'association défenderesse, le dépôt a été effectué en mains du secrétaire de celle-ci, M. Polencent, qui en délivra quittance. L'association s'est donc mise en lieu et place de la Banque cantonale vaudoise, elle a reçu le dépôt et en est devenue directement responsable, sauf à elle à le verser à la Banque cantonale, si elle le jugeait opportun. Il paraît qu'au lieu de verser la somme reçue de Bratschi à la Banque cantonale, elle a préféré la déposer à la banque Monastier, à Nyon. Ce placement a été fait sans consulter Bratschi. Au surplus cela ne le regardait pas, car dès le moment que l'association avait accepté le dépôt, elle était libre de choisir l'établissement de crédit auquel elle voulait le confier. Bratschi n'est dès lors pas responsable de la perte totale ou partielle du gage par suite de la faillite Monastier. C'est à l'association, qui a pris la responsabilité de ce placement, à en supporter les conséquences. Bratschi s'en tient au reçu qui lui a été délivré et par lequel la Société défenderesse s'est constituée sa débitrice de 3000 fr. C'est dès lors à elle seule qu'il doit s'adresser pour en réclamer la restitution, les rapports pouvant exister entre elle et la faillite Monastier ne le concernant en aucune façon. Elle essaierait en vain d'invoquer les conventions de 1892 et de 1894 qui parlent de valeurs consignées par Bratschi dans un établissement de crédit en garantie de ses engagements, car cette allégation incidente, inexacte en fait, ne saurait le lier, attendu que c'est à la Société directement qu'il a versé 3000 fr., et que

celle-ci a reconnu les avoir reçus. Le demandeur appuyait en outre sa conclusion sur la disposition de l'art. 220 CO.

C. Dans sa réponse, l'association défenderesse a allégué divers faits pour établir que le dépôt à la banque Monastier aurait eu lieu non seulement du consentement, mais par ordre de Bratschi, qui l'aurait du reste expressément reconnu dans les conventions postérieures. Elle a conclu à libération des faits de la demande en faisant valoir ce qui suit :

La question litigieuse consiste à savoir si c'est Bratschi ou l'association défenderesse qui doit supporter la perte résultant de la faillite Monastier. Pour échapper à la responsabilité découlant de l'art. 220 l'association doit établir qu'elle n'a commis aucune faute. A cet égard, il y a lieu de remarquer que pour le créancier gagiste, la faillite de la banque où l'objet du gage a été déposé est un cas fortuit qui ne lui est pas imputable. Une faute à sa charge ne pourrait être admise qu'en tant qu'elle serait contenue dans le fait d'avoir effectué à la Banque Monastier le dépôt qui devait avoir lieu à la Banque cantonale. Bratschi le soutient en affirmant que le dépôt aurait eu lieu à son insu. A supposer que ce fait fût exact, il n'entraînerait pas nécessairement la responsabilité de la défenderesse, la banque Monastier jouissant en 1890 d'un crédit à l'abri de tout soupçon. Mais cette question est sans intérêt, attendu qu'il est établi que c'est Bratschi lui-même qui a donné l'ordre d'opérer le dépôt chez Monastier et qu'il l'a ensuite reconnu en encaissant les intérêts. Si le placement chez Monastier constituait une faute, c'est donc lui qui doit en supporter les conséquences.

D. A l'audience préliminaire devant le président de la Cour civile, le demandeur a contesté les allégués de la défenderesse et spécialement celui d'après lequel il aurait donné mandat de déposer les 3000 fr. chez Monastier. Quant à la perception des intérêts, il a expliqué que le 24 janvier 1891, se trouvant à la Banque Monastier pour des affaires étrangères au dépôt litigieux, l'employé Vulliet lui dit qu'il était chargé par l'association de la fromagerie de lui payer l'intérêt sur le dépôt de 3000 fr. Il demanda à l'employé si c'était

Polencent qui l'avait chargé de ce paiement et, sur sa réponse affirmative, il l'accepta. Il a néanmoins toujours ignoré que le compte fût ouvert à son nom et n'a jamais reçu un carnet de déposant ni un extrait quelconque ayant pour objet le dit dépôt.

En présence de ces dénégations, l'association défenderesse a demandé à prouver ses allégués par expertise et par témoins.

Procédant à la solution des points de fait sur lesquels des preuves par témoins avaient été entreprises, la Cour cantonale a envisagé comme constant:

Que le 13 juillet 1890, L. Polencent, secrétaire de la Société de fromagerie de Commugny, ayant eu l'occasion de se trouver avec Bratschi, celui-ci lui dit qu'il avait à sa disposition la somme de 3000 fr. qu'il devait déposer comme garantie à la Banque cantonale ;

que la conversation s'étant engagée sur le taux comparatif de l'intérêt payé sur les dépôts par la Banque cantonale et par la banque Monastier, et Polencent ayant fait remarquer que l'intérêt payé par cette dernière était plus élevé, il fut entendu qu'il déposerait la somme de 3000 fr. au nom de Bratschi à la banque Monastier et non à la Banque cantonale ;

qu'à la suite de cet accord Polencent reçut les 3000 fr. pour les verser chez Monastier et en donna quittance sous la signature « L. Polencent ; »

qu'en conséquence le dépôt a été effectué et maintenu à la banque Monastier d'accord avec Bratschi ;

enfin que jusqu'à la mort de H. Monastier, sa maison de banque jouissait d'une très grande confiance dans tout le district de Nyon.

Le rapport d'expert constate en outre que le 15 juillet 1890, un compte de dépôt pour la somme de 3000 fr. a été ouvert au nom de Bratschi dans les livres de la banque Monastier, avec la mention: « Dépôt servant de garantie à la Société de fromagerie de Commugny »; que Bratschi a touché les intérêts échus les 31 décembre 1890, 1891, 1892 et 1893 et

que ceux au 31 décembre 1894 furent portés au crédit d'un compte courant qu'il avait chez Monastier, lequel compte a été ouvert le 7 août 1890 par un versement de 4000 fr. et a été exploité, sans interruption, jusqu'au moment de la demande de bénéfice d'inventaire de la succession Monastier, date où il soldait en faveur de Bratschi par 9257 fr. 50 c.

E. Statuant par jugement du 16 février 1897, la Cour civile du canton de Vaud a débouté Bratschi des fins de sa demande par les motifs suivants :

Il est établi que la somme que le demandeur a remise à Polencent a été déposée d'accord avec lui et à son nom à la banque Monastier. Il ne saurait dès lors se retrancher derrière le reçu du 13 juillet pour soutenir qu'il est étranger aux rapports qui ont existé entre parties et la banque Monastier. La seule preuve qui puisse incomber à la défenderesse est par conséquent celle tendant à établir que le dommage éprouvé par le demandeur à la suite de la faillite Monastier ne lui est pas imputable. Or cette preuve résulte du fait que le dépôt chez Monastier a été effectué d'accord avec le demandeur, qui en a touché les intérêts jusqu'à la déconfiture ; du fait que la banque Monastier jouissait d'une très grande confiance dans le district de Nyon, et du fait que Bratschi lui-même partageait cette confiance puisqu'il avait auprès de cette banque un compte courant créancier pour une somme assez considérable. Dans ces conditions, l'association n'ayant pas à répondre du cas fortuit de la faillite, elle ne peut être rendue responsable en quoi que ce soit de la détérioration du gage.

F. C'est contre ce jugement que Bratschi a recouru au Tribunal fédéral en reprenant ses conclusions introductives d'instance, à l'appui desquelles il fait valoir ce qui suit :

La Cour cantonale a admis que la faillite Monastier équivalait à la perte du gage. Cette manière de voir est erronée. L'art. 220 CO., qui parle de la perte ou détérioration du gage, n'est qu'une application au contrat de gage du principe général posé par l'art. 145, d'après lequel l'obligation s'éteint lorsque, par suite d'une circonstance non imputable au débi-

teur, il devient impossible de l'exécuter. Il n'y a donc perte du gage que lorsqu'il y a impossibilité totale de restituer, et détérioration lorsqu'il y a impossibilité partielle. S'il y avait doute à cet égard, l'origine de l'art. 145 CO. le lèverait. Cet article n'est en effet que la transcription, sous une autre forme, de l'art. 1302 C. Nap. L'art. 220 CO. ne vise ainsi que le gage constitué sur un corps certain et déterminé, mais non le gage constitué sur des choses fongibles, attendu que ces choses ne peuvent périr. A leur égard la perte n'est pas possible. En l'espèce, malgré la faillite du banquier Monastier, il n'y a certainement aucune impossibilité matérielle pour l'association de se procurer 3000 fr. et de restituer le gage. Mais même si le gage était perdu, la défenderesse en serait responsable, attendu qu'elle n'a pas établi que la perte ne lui soit pas imputable. Le recourant a remis la somme de 3000 fr. à L. Polencent, qui était depuis plusieurs années boursier et secrétaire de l'association défenderesse et qui, en cette qualité, avait la signature sociale conjointement avec le président du comité. En lui versant cette somme Bratschi a donc pu et dû croire de bonne foi qu'il était autorisé à s'en nantir au nom de l'association. Il y a donc eu nantissement direct du gage en main de la défenderesse et non en main d'un tiers. C'est elle qui, après s'en être nantie, a déposé le gage chez Monastier, chargé de le détenir pour son compte à elle. Monastier est ainsi devenu le représentant de la défenderesse qui répond de sa faute en vertu des dispositions des articles 36 et suiv. CO. Cette responsabilité ne peut pas être exclue par le fait que le recourant aurait donné son consentement au dépôt des 3000 fr. chez Monastier, qui aurait ainsi été le représentant des deux parties. La conséquence de ce fait serait simplement que Bratschi devrait supporter une partie de la perte, mais tel n'est pas le cas, puisque, ainsi qu'il a été dit, le gage a été remis directement à la défenderesse qui, à ses périls et risques, a chargé un tiers de le détenir pour son compte.

G. L'association défenderesse a conclu au rejet du recours en se fondant sur les arguments suivants :

Le dépôt que le recourant s'était engagé à faire par la convention du 14 juin 1890 constituait en réalité un prêt; la stipulation concernant les intérêts en fournit la preuve.

L'objet du gage consistait donc non dans une quantité déterminée de choses fongibles, mais dans une créance, c'est-à-dire dans la créance qui devait résulter du prêt à effectuer par Bratschi à la Banque cantonale. En réalité le prêt a été fait à la banque Monastier et c'est la créance qui en est résultée qui a été constituée en gage. Cette créance n'est ni perdue ni détériorée par la faillite du débiteur. Si, à la suite de la faillite, elle n'a droit qu'à un dividende, son montant est cependant resté le même. Bratschi reprend purement et simplement la créance qu'il avait chez Monastier. Si cependant on admettait que le gage a été détérioré, ce ne pourrait être qu'à la suite de la faillite de Monastier, dont la défenderesse n'est pas responsable pour les motifs ci-après :

1° Parce que le créancier gagiste n'est pas responsable de la faillite du tiers débiteur, qui constitue un cas fortuit, dont les conséquences incombent au propriétaire du gage.

2° Parce que le dépôt des 3000 fr. chez Monastier a été le fait de Bratschi. Cette somme n'a pas été remise à l'association ; c'est Bratschi qui, par l'intermédiaire d'un tiers, l'a déposée chez Monastier. Le fait que ce tiers était le secrétaire de l'association est indifférent, car le secrétaire n'avait le droit ni de représenter ni d'engager la Société. La dérogation à la convention primitive, soit le remplacement de la Banque cantonale par la banque Monastier, n'est ni le fait de l'association, ni le fait commun des deux parties, mais le fait exclusif du recourant, qui doit en supporter les conséquences.

3° Parce que, à supposer même que cette dérogation fût le fait commun des deux parties, la responsabilité de la défenderesse serait couverte par le consentement de Bratschi.

Vu ces faits et considérant en droit :

1. — La conclusion de la demande tend à faire condamner l'association défenderesse à la restitution d'une somme de 3000 fr.

Pour justifier cette conclusion, Bratschi a allégué qu'en dérogation à la clause du contrat du 14 juin 1890, en vertu de laquelle il s'était obligé à déposer à la Banque cantonale vaudoise une somme de 3000 fr. en garantie de ses engagements, il avait versé la dite somme directement à l'association, qui l'avait reçue à titre de gage et lui en avait donné quittance par l'entremise de son secrétaire-boursier Louis Polencent; qu'en conséquence il était en droit de réclamer directement d'elle la restitution du gage, sans se préoccuper de l'emploi qu'elle en avait fait.

Dans l'intention du demandeur, l'action ouverte était donc une action en restitution d'un gage. En même temps il la basait aussi sur l'art. 220 CO. en faisant valoir que la somme de 3000 fr. remise à Polencent avait été déposée par celui-ci à la banque Monastier, qui avait fait faillite, que ce dépôt avait eu lieu à son insu et sans son consentement à lui, Bratschi, et qu'en conséquence il ne le concernait pas. Dans la suite de l'instruction, le demandeur a précisé sa manière de voir au sujet de l'application de l'art. 220 CO. en ce sens que la faillite de la banque Monastier équivaudrait à la perte du gage et que la défenderesse ne pourrait pas établir que cette perte ne lui soit pas imputable.

La conclusion unique de la demande implique donc en réalité deux conclusions, l'une principale tendant à obtenir la restitution d'une somme de 3000 fr. que le demandeur aurait remise à la défenderesse à titre de gage, et l'autre éventuelle tendant à faire condamner cette dernière au paiement de la même somme à titre de réparation du préjudice résultant de la perte du gage.

Il y a lieu d'examiner successivement ces deux conclusions.

2. — Le créancier gagiste est tenu, d'une manière générale, de restituer le gage dès que la créance garantie est intégralement payée (arg. a contrario de l'art. 221 CO.). Il va de soi, cependant, que l'obligation de restituer ne peut exister qu'en tant que le créancier a été mis en possession du gage. Or tout gage n'exige pas comme condition de validité que la

chose qui en fait l'objet soit remise au créancier gagiste ou à son représentant. Lorsqu'il est constitué sur un objet immatériel, par exemple sur une créance non incorporée dans un titre (art. 215 CO.), la loi n'exige pas et ne pouvait pas exiger que l'objet même du gage fût remis au créancier gagiste, car on ne peut remettre qu'une chose ayant une existence matérielle. Elle se borne dans ce cas à soustraire le droit donné en gage à la libre disposition du débiteur et à le mettre, dans une certaine mesure, à la disposition du créancier gagiste en empêchant le tiers débiteur de se libérer à son préjudice. Dans ce but elle prescrit la remise au créancier gagiste du titre de la créance, s'il en existe un, et surtout la signification au tiers débiteur du gage constitué sur sa dette. Le créancier gagiste obtient ainsi non la remise du droit de créance lui-même qui lui est donné en gage, mais simplement la garantie que le tiers débiteur ne pourra plus s'acquitter en main de son créancier direct.

Dans les cas de cette nature, l'obligation de restitution du créancier gagiste ne peut avoir d'autre objet que la suppression des mesures qui avaient pour effet de soustraire le gage à la libre disposition du débiteur, soit la restitution du titre de la créance, s'il a été remis au créancier, et la signification au tiers débiteur que le droit de gage a cessé d'exister et qu'en conséquence il peut payer librement en main de son créancier direct.

D'après ce qui précède, il incombait au demandeur, pour justifier sa conclusion principale, d'établir qu'il avait remis en gage à la défenderesse non une créance de 3000 fr., mais une valeur effective de ce montant.

A cet égard il y a lieu de remarquer ce qui suit:

3. — Le gage est un droit réel sur une chose appartenant à autrui destiné à garantir le paiement d'une créance. Il suppose donc que le débiteur ou la personne qui fournit la chose objet du gage en conserve la propriété. Si celle-ci passe au créancier, il ne peut plus y avoir de droit de gage. L'argent monnayé n'échappe pas à cette règle; il peut, sans doute, comme toute autre chose fongible, faire l'objet d'un gage

proprement dit, mais à la condition que le créancier gagiste n'en acquière pas la propriété, et qu'il soit en conséquence tenu de restituer non une somme égale, mais les mêmes espèces.

Pour établir l'existence d'un véritable droit de gage au sens des art. 210 et suiv. CO , le demandeur aurait donc dû prouver qu'il a donné en nantissement à la défenderesse une somme de 3000 fr. en espèces déterminées qu'elle devait conserver pour les restituer après paiement intégral de sa créance. Or rien de pareil n'a été ni prouvé ni même allégué. Le demandeur reconnaît au contraire de la manière la plus formelle que la défenderesse avait le droit de disposer de la somme en question, à la seule condition de lui rembourser une somme égale ; c'est même en partant de ce point de vue qu'il soutient que la perte du gage n'était pas possible parce qu'il avait pour objet des choses fongibles, dont le créancier-gagiste était simplement tenu de rembourser la même quantité.

L'existence d'un véritable droit de gage constitué par le demandeur sur une somme de 3000 fr. remise à la défenderesse ne peut donc pas être admise et n'est, du reste, pas même prétendue.

Ce que le demandeur soutient, c'est qu'il aurait remis à la société défenderesse, par l'intermédiaire de son secrétaire-boursier qui lui en aurait délivré quittance, une somme de 3000 fr. destinée à garantir l'exécution de ses engagements vis-à-vis d'elle, et qu'elle devait lui rembourser, non dans les mêmes espèces, mais en une somme égale, dès que le but pour lequel cette somme avait été remise aurait cessé d'exister. Le fondement de la demande consiste donc, d'après lui, dans la constitution en main de la défenderesse non d'un véritable gage, mais d'un gage irrégulier (*pignus irregulare*) consistant dans la remise à titre de garantie d'une somme d'argent, avec obligation de la rembourser dès que la créance garantie serait intégralement payée. Juridiquement le rapport de droit ainsi créé n'est pas un gage, puisque le créancier acquiert la propriété de la somme d'argent remise en garantie

par le débiteur ; mais il remplit économiquement le même but que le gage et conduit au même résultat.

En ce qui concerne l'obligation de la restitution, le gage irrégulier est régi par les mêmes principes que le véritable gage. Si les faits affirmés par le demandeur étaient établis, ils suffiraient donc pour justifier le bien-fondé de la conclusion principale, qui se qualifierait ainsi plus exactement comme une *actio pignoratitia in personam*. Mais ces faits ne sont pas prouvés.

D'après la convention du 14 juin 1890, Bratschi devait, pour garantir ses engagements, déposer auprès de la Banque cantonale vaudoise une somme de 3000 fr. portant intérêt en sa faveur. Ce dépôt ne pouvait être retiré qu'après règlement définitif des comptes entre Bratschi et les membres de l'association défenderesse.

Il est hors de doute que sous le nom de dépôt, les parties entendaient un *depositum irregulare* transmettant à la banque la propriété de la somme déposée, à charge de restitution d'une somme égale. Le fait que le dépôt devait porter intérêt suffit à le prouver. Il est de même hors de doute que de ce dépôt devait naître en faveur de Bratschi une créance susceptible d'être valablement donnée en gage en conformité de l'art. 215 CO.

Si, en stipulant que Bratschi devait déposer 3000 fr. à la Banque cantonale à titre de garantie, les parties entendaient réellement constituer un gage, leur intention ne pouvait être que de l'établir sur la créance à acquérir par Bratschi. Mais en fait cette stipulation n'a pas été exécutée, et les deux parties ont été d'accord pour y déroger. Il s'agit de savoir si cette dérogation a eu pour résultat de substituer au gage sur une créance un gage irrégulier résultant de la remise à la société défenderesse de la somme qui devait primitivement être déposée à la Banque cantonale. Or tel n'a pas été le cas. Les faits constatés par l'instance cantonale ne laissent aucun doute à cet égard.

Le demandeur prétend qu'en acceptant de lui la somme de 3000 fr. et en lui en délivrant un reçu signé par son

secrétaire, la défenderesse s'est nantie directement du gage et qu'elle est tenue de le restituer. Mais cette manière de voir est évidemment erronée.

Abstraction faite de la question de savoir si le secrétaire Polencent avait ou non qualité pour agir au nom de l'association et pour l'engager, le seul fait qui pourrait donner une apparence de fondement à la manière de voir du demandeur est la teneur du reçu délivré par le secrétaire, et qui est ainsi conçu : « Reçu de Th. Bratschi la somme de 3000 fr. à titre de dépôt de garantie pour la Société de fromagerie. »

Si la portée de cet acte devait être appréciée exclusivement d'après ses termes, sans égard aux autres faits constatés par l'instance cantonale, on devrait sans doute en conclure qu'en dérogation à la convention du 14 juin 1890, qui prévoyait un dépôt à la Banque cantonale, la somme de 3000 fr. destinée à servir de garantie avait été remise directement à la défenderesse. Mais la portée d'un acte ne peut être appréciée que d'après l'intention des parties telle qu'elle résulte des circonstances. Or il est établi que le reçu en question n'a été délivré par Polencent qu'après qu'il eût été entendu entre lui et le demandeur qu'il se chargerait de déposer en son nom les 3000 fr. à la banque Monastier. Malgré l'incorrection de sa forme, cet acte signifiait donc simplement que Polencent reconnaissait avoir reçu de Bratschi les 3000 fr. pour les déposer à la banque Monastier à titre de garantie des engagements de ce dernier vis-à-vis de la Société de fromagerie. Ni l'un ni l'autre n'ont songé à substituer au dépôt à la Banque cantonale un dépôt direct en main de la défenderesse. Ce qu'ils ont voulu, c'est simplement la substitution d'un nouveau dépositaire ou débiteur à celui primitivement convenu, soit de la banque Monastier à la Banque cantonale, et cela dans le but de percevoir un intérêt plus élevé.

Cette dérogation à la convention primitive a été accompagnée d'un contrat de mandat en vertu duquel Polencent a déposé la somme de 3000 fr. chez Monastier au nom de Bratschi. Juridiquement ce dépôt doit donc être considéré

comme effectué directement par ce dernier et lui-même l'a reconnu soit tacitement en encaissant les intérêts, soit expressément dans les conventions postérieures conclues entre lui et la Société de fromagerie.

Cette constatation entraîne naturellement le rejet de la conclusion principale tendant à obtenir que la défenderesse soit condamnée à payer la somme de 3000 fr. à titre de restitution d'un dépôt ou d'un gage irrégulier.

4. — Quant à la conclusion subsidiaire basée sur l'art. 220, al. 1er CO., comme il est démontré que la somme de 3000 fr. n'a été l'objet ni d'un gage proprement dit ni d'un gage irrégulier, elle ne pourrait éventuellement se justifier que si un gage a été constitué sur la créance acquise par Bratschi contre la banque Monastier, car s'il en était autrement, il n'y aurait eu absolument aucun gage et il ne saurait être question de sa perte ou détérioration.

A teneur de l'art. 215 CO., la validité du gage constitué sur une créance exige que le débiteur en soit avisé, que le titre de la créance, s'il en existe un, ait été remis au créancier gagiste et que l'engagement ait été constaté par écrit.

Dans l'espèce la première de ces conditions est remplie. La loi ne prescrit aucune forme spéciale pour l'avis à donner au débiteur. Il suffit que celui-ci soit averti que la créance est donnée en gage et qu'en conséquence il ne peut pas, tant que le gage dure, se libérer valablement en main de son créancier. Or la banque Monastier a incontestablement reçu cet avis puisque le compte ouvert à Bratschi porte la mention : « dépôt servant de garantie à la fromagerie de Commugny, » ce qui signifiait évidemment que ce dépôt ne pouvait être restitué tant que la dite société n'aurait pas déclaré que les engagements qu'il était destiné à garantir avaient été remplis. Le but de l'avis au débiteur était donc atteint, bien que le mot de gage ne figure pas dans la mention en question. Il n'était d'ailleurs pas nécessaire de répéter cet avis chaque fois que le gage était renouvelé par la conclusion d'une nouvelle convention entre Bratschi et la défenderesse. Une fois donné, il continuait à déployer son effet aussi longtemps qu'il n'était pas révoqué.

La seconde condition, soit la remise du titre de créance au créancier gagiste, paraît aussi remplie, bien que les parties ne se soient pas expliquées sur ce point. Le seul renseignement que le dossier fournisse à cet égard, c'est que lorsque Polencent a versé les 3000 fr. à la banque Monastier, celle-ci lui en a délivré un reçu portant que le dépôt avait été effectué au nom de Bratschi. C'est ce reçu qui est le titre de la créance de ce dernier contre Monastier. Mais les parties ont omis d'indiquer quel usage Polencent en a fait, s'il l'a gardé par devers soi, ou s'il l'a remis soit à Bratschi soit à l'association. Cette troisième hypothèse apparaît cependant comme probable, d'abord parce que Polencent connaissait la destination du dépôt, et ensuite parce que, au cours du procès, le recourant a constamment contesté avoir eu en sa possession une pièce quelconque établissant que la somme de 3000 fr. aurait été déposée en son nom.

Quant à la troisième condition, concernant la constatation de la constitution du gage par écrit, il y a lieu de remarquer ce qui suit :

La créance qui devait résulter d'un dépôt à la Banque cantonale et à l'égard de laquelle l'engagement de la constituer en gage avait été constaté par la convention écrite du 14 juin 1890, n'a jamais vu le jour. Les parties lui ont substitué celle résultant du dépôt effectué à la banque Monastier, mais sans se préoccuper de constater immédiatement par un autre acte écrit la constitution du gage. Ce fut seulement dans le nouveau contrat de vente de lait du 30 juin 1891 qu'elles stipulèrent que « les valeurs consignées par dépôt par l'acheteur en garantie de ses engagements ne pourront être retirées qu'après extinction complète du compte créancier de chaque associé ». Cette clause se trouve répétée, avec quelques variantes de forme, dans les contrats postérieurs et notamment dans le dernier, du 25 juin 1894, où elle est ainsi conçue : « Les valeurs consignées antérieurement par l'acheteur Bratschi dans un établissement de crédit du canton en garantie de ses engagements, etc, etc. »

Il est hors de doute que sous le nom de valeurs déposées dans un établissement de crédit du canton, les parties enten-

daient désigner le dépôt effectué chez Monastier. Si leur intention était de constituer un gage, l'engagement écrit existerait donc.

Il peut cependant paraître douteux que telle ait été réellement leur intention. En convenant du dépôt d'une somme de 3000 fr., elles avaient sans doute l'intention de créer une sécurité en faveur de l'association défenderesse, mais il ne suit pas de là nécessairement que cette sécurité dût avoir le caractère d'un gage, c'est-à-dire d'un droit réel sur la créance résultant du dépôt. Elle pouvait tout aussi bien résulter de l'obligation personnelle assumée par la banque Monastier vis-à-vis de la Société de fromagerie de ne pas restituer le dépôt tant que Bratschi n'aurait pas réglé ses comptes avec elle. Néanmoins la défenderesse elle-même, dans son mémoire en réponse au recours, reconnaît expressément l'existence du gage sur la créance. Dans ces circonstances, il y a lieu d'admettre que l'intention des parties, en insérant dans leurs contrats successifs la clause précitée, était bien de créer un droit de gage sur la créance née du dépôt à la banque Monastier.

5. — Pour justifier en principe sa conclusion subsidiaire le recourant avait à prouver en outre que cette créance serait perdue ou détériorée. La preuve de la perte résulterait, selon lui, du fait que le débiteur Monastier est tombé en faillite. Mais cette manière de voir est erronée. La faillite du débiteur n'entraîne nullement la perte de la créance. Juridiquement une créance est perdue lorsqu'elle cesse d'exister. Or la faillite du débiteur n'a nullement ce résultat. La créance, en tant qu'elle n'a pas été payée sur le produit de la liquidation, existe après comme avant la faillite. Mais, dans la règle, celle-ci aura pour conséquence une diminution de la valeur économique, c'est-à-dire une détérioration de la créance par suite de l'impossibilité d'en obtenir le paiement intégral.

Dans l'espèce, il n'y a donc pas perte du gage ; tout au plus peut-il y avoir détérioration. Mais il va de soi que pour légitimer sa conclusion basée sur l'art. 220 CO., le recourant

devait établir non seulement la possibilité, mais la réalité d'une détérioration du gage et son importance. Il lui incombait de prouver dans quelle mesure sa créance demeurera impayée à la suite de la faillite Monastier. Or il n'a fourni aucune indication à cet égard. Dans ces conditions, la conclusion subsidiaire de la demande ne saurait être admise, faute de tout élément permettant au juge d'apprécier le montant du préjudice causé par la détérioration du gage résultant de la faillite.

6. — Au surplus cette conclusion devrait aussi être écartée en principe comme dénuée de fondement. L'art. 220 CO. n'est pas, ainsi que le soutient le recourant, une application particulière du principe général posé à l'art. 145 touchant l'extinction des obligations par suite de l'impossibilité de les exécuter, mais bien une application accentuée du principe en vertu duquel le dépositaire répond du dommage que la chose qui lui a été confiée subit par sa faute. En effet, le créancier gagiste, en tant qu'il détient la chose objet du gage, est dans une situation analogue à celle du dépositaire, avec cette différence que tandis que ce dernier veille à la conservation du dépôt dans l'intérêt exclusif du déposant, le créancier gagiste veille à la conservation du gage aussi dans son propre intérêt. Comme conséquence de cette différence de situation, la loi aggrave sa responsabilité en établissant à sa charge, pour toute perte ou détérioration du gage, une présomption de faute, qu'il peut cependant combattre par la preuve contraire. La raison d'être de l'art. 220 CO. gît donc dans le fait que le créancier gagiste ayant la détention de l'objet du gage doit veiller à sa conservation avec la plus grande diligence.

Il suit de là que cette disposition n'est applicable dans toute son étendue que lorsqu'il s'agit de gages constitués sur des meubles corporels ou d'autres objets qui ne peuvent valablement être donnés en gage que par voie de nantissement, c'est-à-dire moyennant la remise au créancier ou à son représentant. Il en est autrement, en revanche, lorsque le gage est constitué sur une créance chirographaire. Dans ce cas le créancier n'acquiert pas et ne peut pas acquérir la possession

du droit objet du gage; il détient simplement, lorsqu'il en existe un, le titre qui constate ce droit, mais dans lequel celui-ci n'est pas incorporé. Sa responsabilité est donc forcément restreinte et a pour mesure l'étendue des obligations que lui impose la détention du titre de la créance. Il pourra donc éventuellement être rendu responsable de la perte ou de la détérioration du gage résultant par exemple de l'omission du renouvellement d'une inscription hypothécaire, du défaut de production dans une faillite, etc. Par contre il ne saurait être rendu responsable, sans même avoir à fournir la preuve qu'elle ne lui est pas imputable, de la perte ou de la détérioration de la créance provenant de changements survenus dans la situation économique du tiers débiteur, notamment de sa faillite, attendu que ces changements sont sans aucun rapport avec le fait de la détention du titre et que la loi n'a évidemment pas voulu, en ce qui les concerne, créer une présomption de faute à la charge du créancier gagiste. Celui-ci peut d'autant moins être rendu responsable dans les cas de ce genre que sa qualité de détenteur du titre ne lui permet pas d'user des seuls moyens propres à prévenir le préjudice qui peut résulter d'un amoindrissement de la situation économique du tiers débiteur, savoir d'exiger des sûretés ou le remboursement de la créance.

Il faut donc conclure d'une manière générale que la disposition de l'art. 220 n'est pas applicable à la perte ou à la détérioration des créances données en gage en tant que cette perte ou détérioration n'est pas en corrélation avec la détention du titre par le créancier gagiste.

Dans l'espèce, la détérioration prétendue de la créance engagée est manifestement sans aucun rapport avec la détention du récépissé de dépôt par l'association défenderesse. A supposer que celle-ci eût eu des raisons de croire la solvabilité du tiers débiteur compromise, elle n'aurait cependant pas eu le droit de retirer la somme déposée chez Monastier, ni d'exiger des garanties de ce dernier. Au surplus elle n'avait aucune raison de considérer ces mesures comme opportunes, attendu qu'il est constaté en fait que la banque

Monastier jouissait d'une grande confiance dans tout le district de Nyon et qu'au moment où elle est tombée en faillite le recourant lui-même y possédait un compte courant créancier de plus de 9000 fr.

Il suit de là que la défenderesse ne saurait être rendue responsable de la détérioration de la créance engagée qui a été la suite de la faillite Monastier et qu'elle était dans l'impossibilité de prévenir. La demande est donc également mal fondée en tant que basée sur l'art. 220, al. 1er CO.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est écarté et le jugement de la Cour civile du canton de Vaud, du 16 février 1897, confirmé quant au fond et quant aux dépens dans le sens des considérants qui précèdent.

---

102. Urteil vom 10. April 1897 in Sachen Merke gegen Dukas & Cie.

A. Mit Urteil vom 22. Februar 1897 hat das Appellationsgericht des Kantons Baselstadt erkannt: Es wird das erstinstanzliche Urteil bestätigt.

B. Gegen dieses Urteil ergriff der Beklagte rechtzeitig die Berufung an das Bundesgericht, mit den Anträgen:

1. Es seien die Kläger mit ihrer Klage abzuweisen.

2. Es sei zu erkennen, daß folgende Geschäfte für den Beklagten unverbindlich seien:

a. Kauf von 15 Aktien der Elsäßischen Margarinegesellschaft vom 13./31. Mai 1890;

b. Ein Kauf von 6 Quebec und Lake St. John Bonds vom 4. November 1889.

3. Die Kläger und Widerbeklagten seien anzuhalten, über den ganzen Geschäftsverkehr mit dem Beklagten eine neue Abrechnung unter Ausschluß der hievor genannten Geschäfte aufzustellen.

4. Eventuell sei eine neue Abrechnung aufzustellen, in welcher der Beklagte nur für die seitens der Kläger effektiv bezahlten Preise belastet erscheine.

C. Von der heutigen Verhandlung ist der Vertreter des Berufungsklägers entschuldigt ausgeblieben. Der Vertreter der Berufungsbeklagten trägt auf Bestätigung des angefochtenen Urteils an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Parteien stunden seit dem Jahre 1889 in geschäftlichem Verkehre, indem die Kläger, teils als Kommissionäre, teils als Proprehändler, eine Reihe von Kauf- und Verkaufgeschäften in Effekten mit dem Beklagten abschlossen. Über diesen Verkehr wurden dem Beklagten von den Klägern halbjährliche Kontokorrent-Auszüge zugestellt, deren Richtigkeit der Beklagte jeweilen unterschriftlich anerkannte, worauf der Saldo auf neue Rechnung vorgetragen wurde. Als letzten Kontokorrent-Auszug anerkannte der Beklagte den per 31. Dezember 1893 abgeschlossenen, der einen Saldo von 21,357 Fr. 90 Cts. zu Gunsten der Kläger ergab. Infolge der inzwischen erfolgten unbestrittenen Geschäfte stellte sich der Kontokorrent nach den Angaben der Kläger pro 15. Juni 1896 auf 19,498 Fr. 70 Cts. Diesen Saldo sammt Zins zu 5 % seit 15. Juni 1896 klagten die Kläger gegen den Beklagten ein, da letzterer sich weigerte, ihn zu bezahlen; er bildet den Gegenstand der heutigen Hauptklage. Aus den zwischen den Parteien abgeschlossenen Geschäften sind folgende als für den Prozeß von Wichtigkeit hervorzuheben:

1) Kauf von 15 Aktien der Elsäßer Margarinegesellschaft vom 13. und 31. Mai 1890. Damit verhält es sich folgendermaßen: Die genannte Gesellschaft beschloß in einer Generalversammlung vom 23. April 1890, der auch die Kläger beiwohnten, die Ausgabe von 220 neuen Aktien von je 1000 Mk. Nach dem Berichte des Aufsichtsrates dieser Gesellschaft, welcher vor dem angeführten Beschlusse eröffnet wurde, schloß der Gewinn- und Verlustkonto per 31. Januar 1890 mit 7590 Mk. Gewinn ab. Von den neu emittierten Aktien übernahmen die Kläger im Mai 1890 68 Stück zum Nominalbetrage, und hievon verkauften sie am 13. Mai 1890 10 Stück zu 125 % also zu 12,500 Mk., und am 31. Mai 5 Stück zu 125 %,

also zu 6250 Mk., an den Beklagten. Der Beklagte behauptet, er habe den Klägern Auftrag zur Erwerbung der Aktien auf seine Rechnung als seinen Kommissionären erteilt; die Kläger bestreiten, daß eine Kommission vorliege. Aus der der Generalversammlung vom 9. August 1890 vorgelegten Jahresbilanz ergab sich ein Verlust zu Lasten der Gesellschaft von 57,800 Mk. 51 Pf. Infolge dessen traten die Kläger in Verbindung mit einem Kaufmann Albert Rivaud, vor den elsäßischen Gerichten im März 1893 klagend gegen die Mitglieder des Aufsichtsrates der Margarinegesellschaft auf, indem sie Ersatz des Übernahmepreises der von ihnen gekauften Margarinegesellschaftsaktien verlangten, mit der Behauptung, die Mitglieder des Aufsichtsrates haben sie zum Erwerb der Aktien durch unrichtige Angaben in ihrem Berichte zur Generalversammlung vom 23. April 1890 veranlaßt. Diese Klage wurde letztinstanzlich vom Oberlandesgericht Kolmar abgewiesen, weil die Kläger ihre Aktien mit Gewinn verkauft hätten. In den Motiven dieses Urteils wurde festgestellt, daß die Berechnung des Gewinnes von 7590 Mk. im Berichte des Aufsichtsrates unrichtig gewesen sei, so daß der richtig ermittelte Verlust von 26,963 Mk. schon am 31. März und 31. Januar 1890 bestanden habe. Ausdrücklich betont wird weiterhin, daß durch die ganze Fassung des Berichtes bei den Zuhörern der Eindruck einer der Wirklichkeit nicht entsprechenden günstigen Geschäftslage hervorgerufen worden, und daß dieser Eindruck noch dadurch verstärkt worden sei, daß einer der Mitbeklagten nach Verlesung des Berichtes des längern auseinandergesetzt habe, das Geschäft gehe nunmehr gut, so daß ein als Zeuge einvernommener Aktionär den Eindruck hatte, es sei eine Dividende von 5 % zu erwarten. Endlich wurde noch festgestellt, daß unmittelbar nach Ausgabe der Aktien Verkäufe derselben zu 100—106 % stattfanden, im September 1890 und im März 1891 zu 95 %, im Dezember 1891 zu 92 %; der wirkliche Wert der Aktien zur Zeit des Urteils wurde vom Gerichte zu 33 $^1/_3$ % angenommen.

2) Kauf von 6 Quebec und Lake St. John Bonds vom 4. November 1889. Am 4. November 1889 verkauften die Kläger dem Beklagten 6 Stück 5 %ige Quebec und Lake St. John Bonds zum Kurse von 100 %, £ zu 25,30, also zu 10,120 Fr.

Diese Obligationen einer zu bauenden amerikanischen Bahn waren den Klägern von der Londoner Agentur der Deutschen Bank als gute Kapitalanlage bezeichnet worden; nach Angabe der letztern wurden sie zu 98 % emittiert und notierten am 19. Februar 1889 99 1/2 %. Der Beklagte hat dagegen einen Brief eines andern Londoner Hauses zu den Akten gebracht, in welchem behauptet wird, daß die Bonds zu 96 % emittiert wurden, am 9. Oktober 1889 zum ersten Mal und zwar zu 96—98 % öffentlich notiert wurden, endlich, daß sie am 4. November 1889 94—96 % und im April 1895 31—35 % notierten.

Der Beklagte stellte folgende Rechtsbegehren:

1. Die Kläger seien mit ihrer Klage abzuweisen.

2. Es sei zu erkennen, daß folgende Geschäfte für den Beklagten unverbindlich sind:

a. Kauf von 15 Aktien der Elsäßer Margarinegesellschaft vom 13./31. Mai 1890,

b. Kauf von 50 Aktien der Berner Bodenkreditanstalt vom 20. September 1890,

c. Kauf von 6 Quebec und Lake St. John Bonds vom 4. November 1889.

3. Die Widerbeklagten seien anzuhalten, über den ganzen Geschäftsverkehr mit dem Beklagten eine neue Abrechnung unter Ausschluß der hievor genannten Geschäfte aufzustellen.

4. Eventuell sei eine neue Abrechnung aufzustellen, in welcher der Beklagte nur für die seitens der Kläger effektiv bezahlten Preise belastet erscheine.

6. Die Kläger und Widerbeklagten seien in die sämtlichen Kosten des Prozesses zu verfällen.

Im Laufe des Prozesses verzichtete dann der Beklagte auf die Anfechtung des Kaufes der Aktien der Berner Bodenkreditanstalt.

Zur Begründung seines auf Aufhebung des Kaufes der 15 Aktien der Margarinegesellschaft gerichteten Begehrens brachte der Beklagte und Widerkläger vor, er sei durch bewußt unwahre Vorspiegelungen der Kläger zum Ankauf verleitet worden; eventuell hätten die Kläger ihm Eigenschaften der Aktien zugesichert, deren Nichtvorhandensein ihn zur Wandelung des Kaufes berechtigten.

Sie hätten ihm nämlich vorgegeben, die Gesellschaft habe bis jetzt 8—10 % Dividende bezahlt, nach Erhöhung des Aktienkapitals werde man auf eine Rendite von 15—20 % kommen können; das Geschäft werde bezüglich der Rendite der Schappegesellschaft gleichkommen; die Aktien seien in Mühlhausen und würden später in Basel cotiert, und würden bald den doppelten Betrag ihres Nennwertes notieren; es werde ein Teilhaber der klägerischen Firma selbst dem Verwaltungsrate beitreten und sie selbst werden 30 Aktien behalten; den Emissionskurs hätten sie auf 130 % angegeben. Nach Entdeckung des Verlustes auf diesen Aktien hätten die Kläger dem Beklagten garantiert, er müsse dadurch nicht in Schaden kommen, sie würden die Aktien eventuell zurücknehmen. Die Kläger hätten schon aus der Generalversammlung zur Erkenntnis der wahren Lage der Gesellschaft kommen müssen, und sie seien auch noch vor Abgabe der Aktien an den Beklagten von Gustav Christ ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht worden, daß man mit diesen Aktien „hereingefallen" sei.

Die kantonalen Instanzen haben diesen Ausführungen des Beklagten gegenüber, gestützt teils auf die Zugeständnisse der Kläger, teils auf die Aussagen der von beiden Parteien angerufenen Zeugen, lediglich festgestellt, daß die Kläger allerdings dem Beklagten die fraglichen Aktien als gute Kapitalanlage empfohlen haben, daß aber ein Beweis für bestimmte Zusicherungen oder für betrügliche Angaben fehle. Das Zeugniß des vom Beklagten angerufenen Zeugen Bihrer geht insbesondere dahin, die Kläger hätten s. Z. geäußert, die Margarineaktien würden an den Börsen von Basel und Mülhausen cotiert werden, und sie würden darauf dringen, daß der Emissionskurs der neuen Aktien auf 130 % festgesetzt werde; dagegen wußte der Zeuge nicht, ob diese Äußerungen dem Beklagten gegenüber gemacht worden seien. Die Kläger produzierten ferner einen Brief des Gustav Christ, der aussagte, daß seine Äußerung gegenüber Dukas, sie seien mit den Margarineaktien hereingefallen, viel später als im Mai 1890 erfolgt sei.

Die Anfechtung des Kaufes der Quebec und Lake St. John Bonds betreffend behauptete der Beklagte, die Kläger hätten ihm vorgegeben, es handle sich um die Papiere einer gut rentierenden

Eisenbahn, sie seien staatlich garantiert, der Kurs werde bald über pari steigen, was alles unwahr gewesen sei. Nach dem Erwerb der Papiere sei ihm deren Kurs von den Klägern mit 102—103 % bezeichnet worden. Der Beklagte verlangt deshalb auch hier Ungültigerklärung des Geschäftes wegen Betruges, eventuell Wandelung. Er stellt sich auf den Standpunkt, es liege eine Kommission, nicht ein Kauf vor, während die Kläger die gegenteilige Auffassung vertreten.

In Betreff dieses Geschäftes ist ebenfalls nur festgestellt, daß die Kläger dem Beklagten die Papiere als gute Kapitalanlage warm empfohlen haben.

Das Civilgericht Baselstadt hat die Hauptklage gutgeheißen und die Widerklage abgewiesen. Seine Erwägungen, die vom Appellationsgericht zu den seinigen gemacht wurden, gehen im wesentlichen dahin: Der dem Beklagten obliegende Nachweis der wissentlichen Täuschung sei durchaus nicht erbracht; für das von ihm behauptete nachträgliche Versprechen der Kläger, daß ihre Abnehmer mit den Aktien der Margarinegesellschaft nicht zu Schaden kommen sollten, fehle jeglicher Beweis; endlich sei auch das eventuelle Rechtsbegehren der Widerklage abzuweisen, da es sich bei beiden angefochtenen Geschäften um Kauf, nicht um Kommission gehandelt habe.

2. Das Fundament der Klage bildet das zwischen den Parteien bestehende Kontokorrentverhältnis, und die Thatsache der jeweiligen Anerkennung des Saldos und dessen Übertragung auf neue Rechnung. Der Beklagte anerkennt seine Zahlungspflicht nicht, indem er in erster Linie den Standpunkt einnimmt, von den Geschäften, aus welchen sich das Kontokorrentverhältnis zusammensetzt, seien zwei ungültig, weil er bei Eingehung derselben durch die Kläger absichtlich getäuscht worden sei; eventuell seien ihm Eigenschaften zugesichert worden, deren Nichtvorhandensein ihn zur Wandelung berechtige; er verlangt also die Ungültigerklärung dieser Geschäfte wegen Betruges, eventuell Wandelung mangels zugesicherter Eigenschaften.

Was nun zunächst die Einrede der Wandelung betrifft, so ist zu sagen: Die Anerkennung eines Kontokorrentauszuges bildet eine formelle Feststellung der Forderung und erzeugt einen selb-

ständigen Klagegrund (vgl. bundesg. Entsch., Amtl. Samml., Bd. XIX, S. 408; Bähr, Anerkennung, 3. Auflage, S. 189 f.). Gegen diese Anerkennung kann aber die Einrede der Wandelung nicht mehr erhoben werden; denn so wenig als die ursprünglichen Forderungen, auf denen das Kontokorrentverhältnis beruht, noch geltend gemacht werden können, so wenig können es die diesen einzelnen Forderungen entgegenstehenden Einreden. Die Einrede der Wandelung, die der Beklagte bezüglich des Kaufes der Aktien der Margarinegesellschaft eventuell erhebt, ist also von vornherein nicht zu hören.

3. Anders verhält es sich dagegen mit der Einrede des Betruges, die der Beklagte bei beiden von ihm angefochtenen Geschäften in erster Linie vorbringt. Denn hier handelt es sich nicht um eine eigentliche Einrede gegen eine an und für sich bestehende Verbindlichkeit, sondern um den Einwand, daß keine für den Beklagten verbindliche Obligation zu Stande gekommen sei; auch ein Kontokorrentvertrag aber wird nur insofern rechtlich wirksam, als die ursprünglichen Schuldverhältnisse, welche demselben zu Grunde liegen, in formeller und materieller Hinsicht rechtsgültig und nicht anfechtbar sind. Sollte sich die Behauptung des Beklagten, er sei durch betrügerische Handlungen der Kläger zum Abschlusse der von ihm nun angefochtenen Geschäfte verleitet worden, als richtig erweisen, so würde daraus folgen, daß diese Rechtsgeschäfte aus der Abrechnung fallen müßten, und daß dann das weitere Begehren des Beklagten, die Kläger seien anzuhalten, über den ganzen Geschäftsverkehr eine neue Abrechnung unter Ausschluß der genannten Geschäfte aufzustellen, als begründet zu erklären wäre.

4. Bei Prüfung der Frage nun, ob der Beklagte beim Erwerb der Margarinegesellschaftsaktien und der Quebec und Lake St. John Bonds von den Klägern absichtlich getäuscht worden sei, ist davon auszugehen, daß in der warmen Empfehlung eines Effektes als guten Anlagepapieres, als gewinnverheißenden Papieres überhaupt immerhin dann eine betrügerische Handlung liegt, wenn dem Empfehlenden bekannt war, daß der Ware diese Eigenschaft fehle; eine besondere dolose Manipulation des Empfehlenden ist nicht erforderlich; ja selbst allgemeine Anpreisungen

können, wenn sie geeignet sind, eine Täuschung des Erwerbenden herbeizuführen, unter Umständen als ein von dem Anpreisenden zu vertretender Dolus erscheinen (vgl. Seufferts Archiv, Bd. 29, Nr. 16).

5. Fragt es sich, ob diese Voraussetzungen in concreto auf die angefochtenen Rechtsgeschäfte zutreffen, so ist das zu verneinen. Den Kauf der Margarinegesellschaftsaktien betreffend, stellen die Vorinstanzen fest, daß das fragliche Unternehmen anfangs allgemein als ein gutes angesehen wurde und daß durchaus nicht bewiesen sei, daß diese gute Meinung über die Zukunft des Unternehmens im Zeitpunkte der Weiterbegebung der 15 Stück an den Beklagten nicht mehr vorhanden gewesen sei oder habe sein können. Aus dieser thatsächlichen Feststellung, die nicht etwa aktenwidrig, sondern vielmehr der Aktenlage ganz konform ist, folgt, daß von einem Dolus der Kläger keine Rede sein konnte. Alle übrigen vom Beklagten vorgebrachten Behauptungen aber sind ebenfalls von den kantonalen Instanzen in rechtsverbindlicher Weise als nicht erwiesen festgestellt, wie dies oben in Erwägung 1 dargelegt ist. Die bewiesenen Thatsachen sind nicht schlüssig für die Annahme einer betrüglichen Handlung der Kläger, und für diejenigen Thatsachen, welche zu dieser Schlußfolgerung führen würden, fehlt jeglicher Beweis.

Auch bezüglich des Kaufes der Quebec und Lake St. John Bonds ist das Bundesgericht an die thatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz, da diese weder aktenwidrig noch rechtsirrtümlich sind, gebunden. Danach aber kann von einem Beweise des behaupteten Dolus der Kläger ebenfalls keine Rede sein. Festgestellt und von den Klägern zugegeben ist nur, daß sie dem Beklagten die Papiere warm empfohlen haben. Allein es ist hierin keine wissentlich falsche Angabe zu erblicken. Denn die Kläger konnten gemäß dem Briefe der Deutschen Bank in London in guten Treuen annehmen, es handle sich um gute Papiere; wenn der Beklagte zur Entlastung der Beweiskraft dieses Briefes den Brief eines andern Londoner Hauses zu den Akten gebracht hat, so ist dem entgegenzuhalten, daß einmal die Richtigkeit dessen Inhaltes nicht erwiesen ist, und sodann, diese vorausgesetzt, nirgends ein Beweis dafür vorliegt, daß die Kläger die darin angeführten Thatsachen gekannt haben.

6. Die Entscheidung des eventuellen Rechtsbegehrens des Beklagten und Widerklägers endlich hängt davon ab, ob die Kläger die Margarinegesellschafts-Aktien, sowie die Quebec und Lake St. John Bonds als Kommissionäre oder aber als Proprehändler geliefert haben. Wäre ersteres der Fall — was vom Beklagten und Widerkläger behauptet wird — so dürften allerdings die Kläger dem Beklagten keine höheren Preise anrechnen, als sie selbst gezahlt, oder, falls sie als Selbstkontrahenten eintraten, nur zu den damaligen Tageskursen liefern. Denn der Kommissionär ist zu getreuer und sorgfältiger Ausführung des ihm übergebenen Auftrages verpflichtet und darf sich nicht auf Kosten seines Auftraggebers bereichern; die Anrechnung höherer Preise, als der Kommissionär selbst gezahlt, verstößt vielmehr gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (vgl. Schneider, Komm. z. Obl.-R., große Ausgabe, Art. 436 Anm. 1; Staub, Komm. z. d. H.-G.-B., Art. 372, § 1). Diese Rechtsauffassung liegt auch dem schweizerischen Obligationenrecht zu Grunde, wie aus Art. 346 e ·l. hervorgeht. Die Schutzbehauptung des Beklagten und Widerklägers ist also auf ihre materielle Richtigkeit zu prüfen. Dabei liegt die Beweislast ihm ob, denn die Kläger gründen ihre Klage auf die Anerkennung des Beklagten, sie haben nichts weiter als diese zu beweisen; Sache des Beklagten ist es, den Beweis derjenigen Einwendungen, welche er aus dem ursprünglichen Rechtsgeschäft ableiten will, zu erbringen. Mit den Vorinstanzen ist nun aber anzunehmen, daß der Beweis eines Kommissionsgeschäftes dem Beklagten und Widerkläger nicht gelungen ist. Die Thatsache allein, daß die Kläger dem Beklagten bei seinen vielen Spekulationen häufig als Vermittler dienten, ist nicht entscheidend; entscheidend sind vielmehr die einzelnen Umstände bei jedem der fraglichen Geschäfte. Wenn auch die Entscheidung der Frage, ob Kommission oder Propregeschäft vorliege, sehr schwierig ist, so begründen doch nach Doktrin und Praxis gewisse Umstände eine Vermutung für das Vorhandensein des einen oder andern Rechtsgeschäftes (vgl. Grünhut, das Recht des Kommissionshandels, S. 79; Staub, Komm. z. d. H.-G.-B., Art. 360, § 5; Entsch. des R.-G., V, S. 86). So ist als ein nicht unerheblicher Faktor für die Annahme einer Kommission die Erteilung einer Abrechnung über das abgeschlossene Geschäft

anzusehen. Dieser Faktor ist hier vorhanden; allein er kann deshalb nicht ausschlaggebend sein, weil er entkräftet wird durch den Umstand, daß unter den Kontrahenten feste Preise vereinbart worden sind, und keine Provision in Anrechnung gebracht worden ist. Bei dieser Sachlage streitet aber die Vermutung entschieden gegen die Kommission und für den Kauf (vgl. Staub a. a. O.; Dernburg, Preuß. Privatrecht, § 185; Entsch. d. R.-O.-H.-G., Bd. XVIII, S. 199, Bd. XIX, S. 68). Der dem Beklagten und Widerkläger obliegende Beweis ist somit mißlungen, und es muß auch bezüglich des eventuellen Rechtsbegehrens das Urteil der Vorinstanz bestätigt werden.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Berufung des Beklagten und Widerklägers wird abgewiesen, und es hat demnach in allen Teilen bei dem Urteile des Appellationsgerichtes des Kantons Baselstadt vom 22. Februar 1897 sein Bewenden.

---

103. *Arrêt du 12 avril 1897 dans la cause Ecoffey contre Ecoffey.*

Joseph Ecoffey, juge à Sâles (Gruyère) s'est marié en secondes noces en l'année 1881 avec Marguerite née Oberson; il avait sept enfants de son premier mariage; il n'en eut pas du second.

Par assignat du 15 janvier 1890, reçu Morard, notaire à Bulle, Joseph Ecoffey avait reconnu avoir reçu de sa seconde femme des biens pour une somme de 15 000 fr., apportés par elle en 1881 et provenant des partages des biens de ses père et mère, et il lui avait fourni pour cet apport une garantie hypothécaire.

D'un acte de « dotation » reçu Jean Conus, notaire à Romont, le 15 juillet 1880, il appert que la part de Marguerite Oberson aux biens de son père, de sa mère, et d'un oncle, François Oberson, s'était élevée à la somme de

10 700 fr., qui lui avait été payée par ses frères. Le montant de l'assignat passé en faveur de Marguerite Oberson par son mari couvrait donc, et au delà, la valeur du patrimoine hérité par elle.

Malgré cela, Marguerite Ecoffey fit stipuler par le notaire Placide Currat, à Bulle, le 17 décembre 1891, en lui présentant une procuration signée par Joseph Ecoffey, une nouvelle reconnaissance, avec garantie hypothécaire, pour une somme de 4000 fr., qui aurait été versée par elle en 1882, soit peu après l'époque de son mariage. Marguerite Ecoffey s'était fait autoriser à cette stipulation par la Justice de paix de Vaulruz, et elle avait promis au notaire Currat de faire légaliser la procuration signée par son mari. Mais au bout de quelque temps, le notaire, ne recevant pas cette procuration légalisée, conçut des doutes sur l'authenticité de la signature de Joseph Ecoffey et cita dame Ecoffey devant la dite Justice de paix pour faire annuler le titre, ce à quoi elle consentit, sans toutefois reconnaître la fausseté de la signature dont il s'agit, et tout en se réservant de demander, de son mari, une reconnaissance légale de la somme susmentionnée. Dans sa déposition devant le Tribunal de la Glâne, le notaire Currat a déclaré que la signature en question était bien celle de Joseph Ecoffey.

Joseph Ecoffey mourut le 24 mai 1893 ; ses enfants et héritiers demandèrent le bénéfice d'inventaire de la succession. La veuve Ecoffey y intervint comme créancière de son mari défunt pour le montant de son assignat. En outre le 22 juin 1893 elle produisit un billet, écrit sur un formulaire de billet à ordre timbré pour une valeur de 200 fr., et libellé comme suit :

« Sâles, le 9 avril 1892. B. P. 4000. Je soussigné, Joseph Ecoffey, à et de Sâles, je paierai à l'ordre de Marguerite Ecoffey, mon épouse, quatre mille francs. Valeur reçue en prêt. (Signé Jos. Ecoffey à Sâles.) »

La signature est suivie d'attestations émanant de trois membres du Conseil communal de Sâles, certifiant véritable la signature de Jos. Ecoffey.

Au dos se trouvent les visas et timbre d'enregistrement, émanés du receveur et du contrôleur de Bulle, en date du 21 avril 1892. Le 13 septembre 1893, les fils, filles et gendres de Joseph Ecoffey, et leurs mandataires, au nombre de neuf personnes, se présentèrent à la préfecture de la Gruyère, et y déposèrent une plainte pour faux contre Marguerite Ecoffey, veuve de leur père, plainte motivée comme suit :

« La dite Marguerite Ecoffey s'est inscrite au bénéfice d'inventaire de Joseph Ecoffey pour 4000 fr. en vertu d'un billet à ordre de cette somme du 9 avril contre son mari. Or de deux déclarations signées Joseph Ecoffey, il résulte que ce dernier ne doit rien à sa femme en dehors de ce qui lui a été reconnu par assignat. Ce billet est donc faux. Les plaignants demandent l'arrestation de Marguerite Ecoffey. »

Le préfet décerna aussitôt un mandat d'arrêt contre cette dernière, qui fut arrêtée et amenée à la préfecture.

Interrogée par le préfet le surlendemain 20 septembre 1893, Marguerite Ecoffey répondit entre autres « que c'était bien son mari qui avait signé le billet et qui avait écrit les mots *quatre mille francs ;* que son mari, qui était malade, l'avait priée de faire écrire le reste par le régent, ce qui avait eu lieu, sur l'indication de Jos. Ecoffey ; que son dit mari avait été administré le même jour. » Sur cette question : « Comment expliquez-vous que votre mari, dans deux déclarations écrites de sa main, affirme qu'il ne vous doit rien en dehors de ce qui est reconnu dans votre assignat ? » Marguerite Ecoffey répondit : « Mon mari ne voulait pas que ses enfants aient connaissance de cette signature, et il leur a déclaré qu'il n'avait rien signé en ma faveur, » puis elle ajouta : « Pour terminer ce différend, je déclare formellement que le billet de 4000 fr., signé par Joseph Ecoffey en ma faveur, est de nulle valeur, et que je renonce complètement à cette prétention. Je ferai la déclaration nécessaire au greffe du tribunal, » sur quoi la prévenue fut mise en liberté provisoire. Le même jour 20 septembre 1893, Marguerite Ecoffey signa au greffe du Tribunal de la Gruyère une déclaration portant « que le billet de 4000 fr., objet de l'intervention

N° 9, est nul et qu'elle renonce complètement à cette prétention. »

L'enquête fut transmise par le préfet au juge d'instruction de la Gruyère, devant lequel les plaignants et l'inculpée se présentèrent le 25 septembre 1893. Le procès-verbal de la comparution porte: « Les hoirs prénommés de feu Joseph Ecoffey ou leurs représentants déclarent que l'objet de leur plainte du 18 septembre revêt un caractère purement civil, et que dès lors ils renoncent à toutes recherches pénales quelconques de ce chef. Ils demandent, en conséquence, qu'aucune suite ne soit donnée à cette plainte, qui doit être considérée comme nulle et non avenue. »

Par exploit du 7 février 1894, dame Ecoffey notifia aux enfants et héritiers de son mari défunt qu'elle demandait la nullité de la renonciation du 20 septembre 1893, attendu que cette renonciation avait été signée par elle sous l'empire de la contrainte, de la menace et de la terreur qu'avaient exercée sur elle son arrestation et la crainte d'être incarcérée de nouveau. Elle les sommait en conséquence d'avoir à se reconnaître ses débiteurs de 4000 fr. avec intérêts et frais.

La tentative de conciliation, qui eut lieu le 17 février 1894, n'ayant pas abouti, dame Ecoffey introduisit contre les héritiers, devant le Tribunal de la Glâne, une demande concluant « à ce qu'ils soient condamnés à reconnaître la nullité de l'espèce de renonciation, soit déclaration, qu'ils sont parvenus à lui faire signer sous date du 20 septembre 1893, partant à reconnaître qu'ils sont bien réellement débiteurs du billet de 4000 fr. souscrit par leur père ».

Dans sa demande, dame Ecoffey alléguait avoir remis à son mari, outre le montant à elle reconnu par assignat, deux sommes s'élevant ensemble à 4000 fr., pour payer des cautionnements. Au lieu de signer une reconnaissance de cette somme en faveur de sa femme, il lui souscrivit un billet à ordre, pour éviter les reproches à l'opposition de ses enfants. C'est sous l'influence de l'intimidation causée par son incarcération, que la demanderesse a consenti à déclarer nul le

billet en question. Le même jour elle avait en outre dans les mêmes circonstances renoncé moyennant une bagatelle à son droit de jouissance légal sur les biens de son mari. En droit, la renonciation était nulle, comme ayant été arrachée par la violence, l'intimidation et la menace; elle constituait une donation déguisée, un contrat sans cause, entaché d'erreur et de dol. Dame Ecoffey invoquait les art. 18, 19, 24, 26 CO., 1365, 1381 et suiv. du Cc. fribourgeois.

Dans leur exploit de réponse, les défendeurs opposèrent à la demande les moyens ci-après :

1° Une fin de non procéder, soit exception de renvoi à mieux agir, basée sur le fait que l'action avait été introduite tardivement.

2° Une exception péremptoire, consistant à dire que le billet de 4000 fr. était nul et frauduleux, conformément aux déclarations faites par la demanderesse elle-même devant le préfet et au greffe du Tribunal de la Gruyère.

3° Une seconde exception péremptoire, tirée du fait que le billet litigieux et faux était sans cause, attendu que les 4000 fr. en question n'avaient pas été versés à Joseph Ecoffey.

4° Une troisième exception péremptoire, consistant à dire que, le mari ne devant rien en dehors de l'assignat, le billet de 4000 fr., même s'il était l'œuvre de Jos. Ecoffey, constituerait une donation déguisée interdite entre époux et dès lors nulle (Cc. frib. art. 128).

Au fond les défendeurs ont conclu à libération, cumulativement avec leurs exceptions. En outre, et sur l'interpellation de la demanderesse, ils déclarèrent arguer d'un faux *immatériel*, résultant du fait que dame Ecoffey aurait cherché à se créer un titre, en profitant d'un billet à ordre signé d'avance en blanc par son mari.

Dame Ecoffey, de son côté, persista à déclarer que c'était bien son mari qui avait signé le billet, légalisé par les trois membres du Conseil communal de Sâles.

L'un des défendeurs, Pierre Ecoffey, interrogé pour tous les autres, reconnut avoir dit à la demanderesse que si elle

ne renonçait pas au billet, elle resterait en prison jusqu'à la fin du procès.

Un certain nombre de témoins furent entendus, et il convient de relever, entre autres, ce qui suit de leurs dépositions : L'instituteur Thorin à Sâles déclare que le 9 avril 1892, (date du billet) dame Ecoffey l'a fait prier par une jeune fille de remplir les blancs d'un billet à ordre de 4000 fr., ce qu'il fit à la maison d'école ; qu'après la mort de Jos. Ecoffey, sa veuve lui a demandé de lui faire une déclaration constatant qu'il avait écrit ce billet au chevet de Joseph Ecoffey et sous sa dictée ; que le témoin s'y refusa, malgré la promesse d'une récompense. Le notaire L. Morard, président du tribunal à Bulle, a stipulé l'assignat souscrit par Jos. Ecoffey en faveur de sa femme. Celle-ci réclamait de son mari, outre les 15 000 fr. de l'assignat, la reconnaissance d'une somme de 4000 fr., mais le mari s'y refusa, malgré les instances du juge de paix, disant qu'il ferait cette reconnaissance quand sa femme lui prouverait qu'il avait reçu cette somme.

Alphonse Bugnon, curé de Sâles, dit que lors d'une visite qu'il fit à Joseph Ecoffey malade, il lui parla, sur le désir de dame Ecoffey, des 4000 fr. que celle-ci disait avoir prêtés à son mari et pour lesquels elle réclamait une reconnaissance. Joseph Ecoffey lui répondit que cela n'était pas vrai, qu'il avait fait un assignat à sa femme, d'un montant suffisant pour garantir ce qu'il avait reçu d'elle.

A l'audience du 5 octobre 1896, la demanderesse réitéra dans les termes suivants une déclaration déjà faite dans son exploit d'appel du 9 décembre 1895, et portant qu'elle fait abstraction de la deuxième partie de ses conclusions depuis les mots « partant à reconnaître », pour se réserver de faire valoir dans la forme légale le billet en question.

Par jugement du 5 octobre 1896, le Tribunal du district de la Glâne a débouté Marguerite Ecoffey de sa conclusion, et admis les hoirs Ecoffey dans celle qu'ils ont prise en libération, ce avec suite de frais.

A la même époque deux autres procès étaient pendants entre parties, se rapportant aux faits ci-après :

Lors de l'arrestation de dame Ecoffey en 1893, celle-ci avait pris un arrangement avec les défendeurs au sujet de son usufruit de veuve ; elle consentait à recevoir une somme de 2000 fr. moyennant laquelle elle renonçait à tout droit quelconque sur la succession de son mari. Plus tard elle a ouvert contre les hoirs Ecoffey une action tendant à faire prononcer la nullité de cet arrangement, et elle obtint gain de cause.

Vers le même temps les hoirs Ecoffey apprenaient que la veuve Ecoffey avait fait, durant son mariage et en son nom, des dépôts d'espèces chez un banquier de Romont. Estimant que les sommes ainsi déposées appartenaient à la succession de leur père, les hoirs ont intenté à la veuve une action en restitution de ces sommes, laquelle fut reconnue fondée en dernière instance par la Cour d'appel.

Par arrêt du 27 janvier 1897 et ensuite de recours de Marguerite Ecoffey, la Cour d'appel de Fribourg a prononcé comme suit dans le procès actuel :

« Marguerite Ecoffey est éconduite des fins de sa demande, partant les hoirs Ecoffey sont admis dans leurs exceptions et conclusions libératoires, avec suite de frais. »

Après avoir rappelé les principaux faits de la cause, l'arrêt constate que les juges de première instance ont retenu le fait décisif que le billet avait été obtenu par des manœuvres dolosives et que la reconnaissance de dette était sans cause, et qu'ils ont attaché peu d'importance à la question de savoir si dame Ecoffey avait donné valablement son consentement à la renonciation du 20 septembre 1893.

En droit, l'arrêt de la Cour d'appel s'appuie, en substance, sur les considérants ci-après :

La déclaration dont la nullité est requise a été faite sous le poids d'une accusation de faux, alors que l'accusée dame Ecoffey était en état d'arrestation ; mais ce moyen de nullité est affaibli considérablement par le fait que dame Ecoffey a confirmé et exécuté cette renonciation après sa mise en liberté, en la déclarant au greffe et en retirant le billet de 1000 fr. produit au bénéfice d'inventaire.

Pour triompher dans sa demande, Marguerite Ecoffey avait à prouver, non seulement qu'elle avait signé la renonciation sous l'empire d'une crainte fondée, mais que cette violence et l'intimidation avaient été exercées *sans droit*. Or il résulte de l'instruction de la cause que la signature de Joseph Ecoffey a été obtenue par fraude et que la reconnaissance de dette ne repose sur aucune cause légitime. Dès lors les hoirs Ecoffey n'ont commis aucun acte illicite en requérant l'intervention de la justice pénale pour obtenir le retrait de la prétendue créance de 4000 fr.

Marguerite Ecoffey n'a produit aucune preuve précise pour établir que ces 4000 fr. avaient réellement été versés par elle à son mari. Bien plus, à supposer que cette somme ait été versée, il faut reconnaître qu'elle a été comprise, et même au-delà, dans l'assignat du 15 janvier 1890, par lequel Joseph Ecoffey reconnaissait à sa femme un apport de 15 000 fr., alors qu'elle n'a reçu de ses père et mère que 10 700 fr., à teneur de l'acte de dotation du 15 juillet 1880. Même si Joseph Ecoffey avait souscrit volontairement le billet de 4000 fr. en faveur de sa femme, ce billet ne pourrait avoir d'autre cause qu'une libéralité interdite par la loi ; la renonciation à ce billet se justifierait aussi de ce chef. En présence des preuves accumulées dans l'instruction, le juge doit constater que le billet en litige, outre qu'il est sans cause, a été obtenu par les manœuvres dolosives et frauduleuses de Marguerite Ecoffey, qui avait formé le projet de se faire attribuer une seconde fois la somme de 4000 fr., déjà comprise dans son assignat. C'est dans ce but qu'elle avait réussi à obtenir d'un excès de confiance du notaire Currat la stipulation de l'obligation de 4000 fr., qu'elle fut ensuite obligée de faire annuler. Ayant échoué dans cette première tentative, elle tenta de parvenir à ses fins au moyen du billet de 4000 fr., pour lequel elle se servit très probablement d'un billet à ordre en blanc, signé par son mari, pareil à d'autres qui ont été trouvés dans les papiers de celui-ci, et elle chercha à s'en faire un titre en le faisant remplir et légaliser par des tierces personnes, dont elle surprit la bonne foi par

une série de démarches compromettantes et d'affirmations mensongères. Enfin il ressort de la déposition des témoins Bugnon, curé de Sâles, et Morard notaire, que Joseph Ecoffey a toujours repoussé avec énergie, et déjà à l'époque de la stipulation de l'assignat, la réclamation de 4000 fr., toujours renouvelée par sa femme.

C'est contre ce jugement que la veuve Ecoffey a recouru en réforme au Tribunal fédéral, concluant à ce qu'il lui plaise condamner les intimés à reconnaître la nullité de l'acte de renonciation qu'ils sont parvenus à lui faire signer sous date du 20 septembre 1893, à l'aide de la violence, de l'intimidation et de la menace.

A l'appui de cette conclusion, la recourante rappelle qu'elle avait réduit les conclusions de sa demande à la seule question de savoir si sa renonciation au billet de 4000 fr. devait être annulée ou non, et qu'elle avait déclaré, déjà en première instance, retirer la seconde partie de sa conclusion primitive, tendant à faire reconnaître « que les défendeurs sont débiteurs vis-à-vis d'elle de la somme de 4000 fr., avec intérêt légal dès les présentes (4 février 1894) ». Le Tribunal de la Glâne, — poursuit la recourante, — n'avait prononcé en conséquence que sur la question de la nullité de la renonciation ; malgré cela, la Cour d'appel a jugé la question de la validité du billet et non pas celle de la nullité de la renonciation. Cette dernière question est seule à juger. Une fois dame Ecoffey rentrée en possession du billet, elle restera libre de le faire valoir conformément à la loi sur la poursuite pour dettes, avec la situation qui lui sera attribuée, éventuellement, par le jugement de main-levée provisoire.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1. — Le recours a été interjeté dans les formes exigées par la loi, et la compétence du Tribunal fédéral au point de vue formel est incontestable.

En ce qui concerne cette compétence au point de vue matériel, il est manifeste que la Cour d'appel de Fribourg a entendu appliquer le droit fédéral, à l'empire duquel le litige actuel est effectivement soumis. La demande tend en effet à

faire prononcer l'annulation, soit la rescision d'un acte de renonciation à une obligation, et, aux termes de l'exploit introductif d'instance, elle est basée sur les dispositions du CO. relatives aux causes qui vicient les contrats. La demanderesse a invoqué également, à la vérité, les art. 1365 et 1381 du Cc. fribourgeois, relatifs aux donations, pour prétendre que la renonciation constituerait une donation déguisée, mais ce moyen a été abandonné par elle, en fait, devant les deux instances cantonales ; il échapperait, d'ailleurs, à la compétence du tribunal de céans. En outre, toutes les exceptions péremptoires opposées par les défendeurs dans leur réponse, et basées sur la fraude, le faux et l'absence de cause valable, ont trait aux principes généraux des obligations. Si les dits défendeurs ont allégué aussi que le billet litigieux constituerait en tout cas une libéralité entre époux interdite par la loi fribourgeoise, — point de vue auquel s'est rangée la Cour cantonale, — cette objection n'apparaît que comme un moyen de défense subsidiaire, éventuel, et l'appréciation de la Cour d'appel sur ce point doit être considérée comme définitive. Les parties admettent donc que, dans son ensemble, la cause est soumise au droit fédéral.

Il y a donc lieu d'entrer en matière sur le fond de la cause.

2° — Ainsi qu'il a été dit, le recours, comme les conclusions définitives de la demanderesse, tend exclusivement à faire prononcer la nullité de l'acte de renonciation du 20 septembre 1893, et l'on se trouve ainsi en présence de l'action en rescision pour cause de violence prévue aux art. 26 et 27 CO. La question à juger au fond est celle de savoir si la demande doit être déclarée bien fondée en elle-même, et la solution affirmative de cette question dispenserait le Tribunal fédéral d'examiner si la demande devrait également être rejetée par l'effet des exceptions péremptoires soulevées par les défendeurs. Il y a lieu dès lors d'examiner en premier lieu la question de fond.

3. — L'art. 26 CO., sur lequel la demande comme le

recours sont fondés, dispose que « si l'une des parties a conclu le contrat sous l'empire d'une crainte fondée que lui aurait inspirée sans droit l'autre partie ou un tiers, elle n'est point obligée. »

La Cour d'appel, dans les considérants rappelés dans les faits du présent arrêt, a admis que c'est effectivement sous l'empire d'une crainte fondée que Marguerite Ecoffey a signé la renonciation dont elle poursuit aujourd'hui l'annulation, en d'autres termes qu'elle a été amenée à consentir à cette renonciation par l'intimidation et la contrainte morale résultant pour elle de l'accusation de faux, et surtout de son arrestation et de son incarcération le 18 septembre 1893. La constatation du fait de la contrainte dans l'arrêt de la Cour cantonale doit donc être considérée comme liant le Tribunal fédéral.

4. — D'après l'art. 26 CO. précité, la crainte sous l'empire de laquelle l'engagement est contracté doit être fondée, et aux termes de l'art. 27 *ibidem*, la crainte est réputée fondée lorsque la partie menacée devait croire, d'après les circonstances, qu'un danger grave et imminent la menaçait elle-même, ou l'un de ses proches, dans sa vie, sa personne ou ses biens.

La Cour d'appel a aussi admis, et avec raison, que la crainte à laquelle dame Ecoffey avait cédé était fondée. La privation de la liberté, jointe à la menace de l'introduction d'une poursuite criminelle, apparaît en effet comme un puissant moyen d'intimidation, bien fait pour extorquer à la personne qui y est en butte, surtout s'il s'agit d'une femme peu instruite des choses judiciaires, un consentement qu'elle n'aurait pas donné sans cela.

La Cour cantonale ajoute, à la vérité, que ce moyen de nullité se trouve *considérablement affaibli* par la circonstance que Marguerite Ecoffey, mise en liberté immédiatement après la renonciation, l'a confirmée et exécutée le jour même ou les jours suivants en renonçant au greffe à son intervention, et en retirant son billet de 4000 fr. Mais si l'on considère, d'une part, que la relaxation de dame Ecoffey n'était que

provisoire, c'est-à-dire évidemment subordonnée au retrait de son intervention, et, d'autre part, que la déclaration de ce retrait a eu lieu le jour même, par conséquent sous l'impression immédiate de l'incarcération, il n'y a pas lieu de s'associer à l'appréciation de la dernière instance cantonale sur ce point. Il demeure donc acquis, et la Cour d'appel le reconnaît d'ailleurs elle-même, que la renonciation est intervenue sous le poids, sous la pression de l'accusation de faux et de l'emprisonnement.

5. — Il reste à rechercher si les éléments de droit exigés par l'art. 26 pour qu'il y ait nullité de l'obligation se rencontrent dans l'espèce. Le dit article suppose d'abord l'existence d'un contrat. La renonciation de dame Ecoffey, bien qu'affectant la forme d'une déclaration unilatérale faite par elle devant le juge, n'en constitue pas moins en réalité une obligation contractée envers les héritiers de son mari, soit l'engagement de ne pas faire usage de sa créance, à condition que les défendeurs, de leur côté, retirent leur plainte, ce qui eut lieu effectivement, après que Marguerite Ecoffey eut annulé son intervention au bénéfice d'inventaire.

C'est sans aucun fondement que la demanderesse a prétendu que cette renonciation, si elle était maintenue, constituerait une donation déguisée, attendu que le retrait de la créance de dame Ecoffey n'a point eu lieu dans l'intention de faire une libéralité aux défendeurs, mais bien à l'unique effet de lui permettre de recouvrer sa liberté et de mettre fin à la poursuite pénale. Du reste, s'il y avait donation, la cause relèverait exclusivement du droit cantonal, et échapperait à la compétence du tribunal de céans.

L'art. 26 exige ensuite, pour que l'action en nullité puisse être exercée, que la crainte fondée ait été inspirée *sans droit* à la partie qui l'invoque, « *par l'autre partie* ou par un tiers ».

Dans l'espèce, la crainte fondée a été incontestablement inspirée à dame Ecoffey par l'autre partie, et il reste à se demander, — ce qui constitue la question essentielle en la cause, — si les hoirs Ecoffey ont agi sans droit, en portant leur plainte contre la demanderesse.

C'est à juste titre que cette question a été résolue négativement par la Cour d'appel. Les moyens d'action, ou de coërcition, mis en œuvre par les défendeurs pour influer sur la volonté de dame Ecoffey, c'est-à-dire la menace d'une poursuite criminelle avec toutes les conséquences qu'elle pouvait entraîner à sa suite, n'apparaissent point en effet comme *illicites* dans les circonstances de la cause.

La faculté de réclamer l'intervention de la justice pénale est en effet un droit, résultant de la loi elle-même, et son exercice ne revêt le caractère d'un acte illicite que si le plaignant outrepasse évidemment ce droit en portant plainte sans motif plausible, par exemple en portant une plainte calomnieuse (voir arrêts du Tribunal fédéral dans les causes Toggweiler contre Jucker, *Rec. off.* XV, page 860 consid. 4; Fritschi contre Blinde, *ibid.* XXI, page 1243, consid. 5). En déposant une plainte pour faux contre la demanderesse, les hoirs Ecoffey n'ont pas dépassé les limites de leur droit. Bien que l'action ne fût pas fondée au regard d'un faux *matériel*, puisque la signature de Jos. Ecoffey sur le billet incriminé n'était pas fausse, il n'en est pas moins vrai qu'en présence des constatations de la Cour d'appel et des preuves produites en procédure concernant les manœuvres auxquelles s'est livrée la demanderesse, le billet produit par celle-ci dans le bénéfice d'inventaire de son mari présentait tout au moins les apparences extérieures d'un faux immatériel, prévu par l'art. 171 du Cp. fribourgeois.

Il suit de là qu'en portant leur plainte pour faux et en demandant l'arrestation de leur belle-mère, les hoirs Ecoffey ont agi peut-être avec dureté, mais qu'ils n'ont pas outrepassé les limites de leur droit strict. La crainte fondée sous l'empire de laquelle la demanderesse a consenti et signé la renonciation n'a donc pas été inspirée *sans droit*.

6. — De ce que les hoirs Ecoffey n'ont pas agi sans droit, en portant leur plainte et en provoquant une poursuite criminelle contre dame Ecoffey, il ne résulte pas encore avec nécessité que l'action de la demanderesse doive être repoussée; il faut encore qu'il soit établi que les moyens d'intimidation,

même mis en œuvre par eux avec droit, ne l'ont pas été dans le but et avec l'effet abusif d'arracher à leur partie adverse des avantages excessifs et injustifiés (voir art. 27, al. 2 CO.), ce qu'il y a lieu, pour le juge, d'apprécier dans chaque cas particulier (voir arrêt précité du Tribunal fédéral en la cause Toggweiler, *Rec. off.* XV, page 860).

Or tel n'est point le cas dans l'espèce ; la renonciation au billet de 4000 fr. ne constitue pas, pour les hoirs Ecoffey, un *avantage excessif*, qu'ils auraient extorqué à la demanderesse en abusant de la situation critique où leur plainte l'avait mise. En effet, par cette renonciation, les hoirs Ecoffey n'ont rien obtenu au-delà de ce à quoi ils avaient légitimement droit, c'est-à-dire la suppression d'une créance qu'ils considéraient alors comme fausse, et qui a été reconnue depuis comme entachée de vices graves. En exigeant de la demanderesse qu'elle renonçât à faire valoir cette prétendue créance dans le bénéfice d'inventaire de leur père, il n'ont fait qu'user d'une défense légitime, et que repousser une entreprise dirigée contre leur patrimoine, ils ont cherché à se mettre à l'abri d'un appauvrissement qui les menaçait, et ils ne se sont pas enrichis aux dépens de leur partie adverse.

La situation était tout à fait différente dans l'autre procès entre les mêmes parties, où il s'agissait de la renonciation par la veuve Ecoffey, contre paiement d'une somme de 2000 fr., à son usufruit légal évalué à 9200 fr. Dans ce cas la Cour d'appel appliquant au droit cantonal fribourgeois la règle de l'art. 27, 2me alinéa susrappelée, avait dû reconnaître que les hoirs Ecoffey avaient abusé de la situation et s'étaient attribué un avantage excessif, un profit injustifié, et la dite Cour avait annulé en conséquence la renonciation et rétabli Marguerite Ecoffey dans ses droits antérieurs.

7. — Il résulte de tout ce qui précède que la demande doit être repoussée au point de vue des art. 26 et 27, 2me alinéa CO. Cela étant, et comme il a été dit au considérant 2 ci-dessus, il est inutile de rechercher si la demande devrait également être rejetée par l'effet des exceptions péremptoires formulées par les hoirs Ecoffey.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce:

Le recours est écarté et l'arrêt rendu entre parties par la Cour d'appel du canton de Fribourg, le 27 janvier 1897, est maintenu tant au fond que sur les dépens.

---

104. Urteil vom 1. Mai 1897 in Sachen Boßard und Henggeler gegen Riggeler.

A. Durch Urteil vom 27. Februar 1897 hat die Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich erkannt: Der Rekurs wird abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil haben die Beklagten die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Antrag, dasselbe aufzuheben und die Klage in allen Teilen abzuweisen.

In der heutigen Hauptverhandlung erneuert der Anwalt des Beklagten Alois Boßard diesen Antrag. Der Anwalt des Berufungsbeklagten beantragt, die Berufung als unbegründet zu erklären und das angefochtene Urteil zu bestätigen. Der Beklagte Joseph Henggeler ist nicht vertreten, dagegen hat derselbe schriftlich erklärt, daß er sich zur Begründung seines Berufungsantrages auf alle Ausführungen berufe, welche der Anwalt des Beklagten A. Boßard machen werde.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Kläger Riggeler in Palazzolo sull'Oglio, Italien, hatte der Kollektivgesellschaft Henggeler, Hämmerli & Cie., welche eine Papierfabrik in Landquart betrieb, und mit deren Anteilhaber, Oberst Adolf Henggeler, er befreundet war, seiner Zeit bei der Bank von Winterthur einen Kredit von 50,000 Fr. verbürgt. Als diese Kollektivgesellschaft im Jahre 1887 in eine Aktiengesellschaft unter der Firma „Fabriken Landquart" umgewandelt wurde, übernahm Kläger jene Schuld von 50,000 Fr. bei der Bank in Winterthur gegen Behändigung von 50 Aktien der neuen

Aktiengesellschaft zu je 1000 Fr.; er bezahlte an die genannte Bank 13,000 Fr., und konstituierte sich für den Rest von 37,000 Fr. als Darlehnsschuldner. Dagegen verpflichteten sich die beiden Kollektivgesellschafter Oberst Adolf Henggeler und Alfred Hämmerli durch Revers vom 10. August 1887 solidarisch, die von ihm übernommenen Aktien innert 5 Jahren, vom 1. Januar 1888 an gerechnet, anderwärts zu placieren oder al pari selbst zu übernehmen; wenn das nicht geschähe, sollte Kläger zur Veräußerung der Aktien nach seinem Gutfinden ermächtigt sein, und verpflichteten sich die beiden, ihm einen allfälligen Ausfall zu vergüten, resp. ihn für jeden aus dieser Operation erwachsenden Verlust schadlos zu halten. Ebenso verpflichteten sie sich für den Fall, daß zwischen dem zu entrichtenden Zinsbetrag für die vom Kläger bei der Bank von Winterthur eingegangene Darlehnsschuld und dem Erträgnis der genannten Aktien ein Ausfall sich ergäbe, ihm diesen Ausfall zu vergüten. Zur Deckung seiner Darlehnsschuld von 37,000 Fr. bei der Bank in Winterthur verpfändete Kläger dieser Bank 37 Stück der von ihm übernommenen Aktien der Fabriken Landquart, mußte aber am 30. Dezember 1892 für 11,100 Fr. Nachdeckung leisten, da der Nominalwert der genannten Aktien inzwischen von 1000 Fr. auf 700 Fr. reduziert worden war. Im Jahre 1888 starb Oberst Adolf Henggeler; sein Nachlaß wurde von der Waisenbehörde Namens der minderjährigen Kinder ausgeschlagen, jedoch von der Witwe auf Grund des öffentlichen Inventars angetreten. In dieses öffentliche Inventar ist vom Kläger keine Eingabe gemacht worden. Die Aktien der Fabriken Landquart gaben seit 1889 keinen Ertrag; dagegen waren die Zinsen für das Guthaben der Bank in Winterthur bis zum Tode des Ad. Henggeler regelmäßig durch Henggeler und Hämmerli bezahlt worden; Hämmerli zahlte die eine Hälfte dieser Zinsen auch nachher an die Bank weiter, während die andere Hälfte nunmehr vom Kläger entrichtet wurde. Kläger behauptet nun, es sei ihm aus der Zahlung dieser Zinsen (deren Betrag bis Juni 1894 auf 5635 Fr. 75 Cts. ohne Zinseszins aufgelaufen sei) und der Zahlung der Nachdeckung von 11,100 Fr., gestützt auf den Revers vom 10. August 1887, eine ungedeckte Forderung von rund 17,000 Fr. an die Witwe Henggeler, als

Rechtsnachfolgerin ihres verstorbenen Ehemannes, erwachsen. Als Kläger im Jahre 1894 nach Zürich kam, besuchte er die Witwe Henggeler, die seit dem Tode ihres Ehemannes daselbst eine Pension betrieb, und verlangte Sicherheit für diese Forderung, erhielt jedoch zur Antwort, sie besitze nichts mehr als ihr Mobiliar; wenn er dieses als Sicherheit annehmen wolle, so solle er sich darüber mit Advokat Wyß besprechen. Dieser erhob nun namens des Klägers gegen Witwe Henggeler Betreibung für 17,000 Fr., wogegen kein Rechtsvorschlag erfolgte. Am 5. November 1894 wurde dem Kläger das Mobiliar der Witwe Henggeler im Schatzungswert von 4603 Fr. 40 Cts. gepfändet. An Stelle der öffentlichen Versteigerung ordnete das Betreibungsamt im Einverständnis des Gläubigers und der Schuldnerin, gemäß Art. 130, Ziff. 1 des B.-Ges. über Sch. u. K. den Verkauf aus freier Hand an, wobei das gepfändete Mobiliar dem Kläger um den mit der geltend gemachten Forderung verrechneten Kaufpreis von 6599 Fr. 80 Cts. zugeschlagen wurde. Am gleichen Tage (19. Dezember 1894) vermietete Kläger dieses Mobiliar der Witwe Henggeler gegen einen jährlichen Mietzins von 550 Fr. für die Dauer von fünf Jahren. Am 1. August 1895 betrieb der Beklagte Alois Boßard die Witwe Henggeler für 66,993 Fr. 90 Cts. nebst Zins, welcher Betreibung eine solche von Joseph Henggeler für 48,000 Fr. folgte. Gegen beide Betreibungen wurde von Frau Henggeler kein Rechtsvorschlag erhoben. Von Boßard war sie für die nämliche Schuld bereits im Jahre 1892 betrieben worden, und hatte damals einen Stundungsvertrag mit ihm abgeschlossen. Gegenstand der Pfändung bildete fast ausschließlich das vom Kläger erworbene und der Witwe Henggeler wieder vermietete Mobiliar. Die Beklagten bestritten die vom Kläger erhobene Eigentumsansprache, und provozierten denselben dadurch gemäß Art. 107 des B.-Ges. über Sch. u. K. zur Klage; sie behaupteten, die Eigentumsübertragung sei ungültig, weil es sich um ein simuliertes Rechtsgeschäft (unzulässiges Deckungsgeschäft in der Form eines Veräußerungsgeschäfts) gehandelt habe, eventuell sei jene Eigentumsübertragung anfechtbar wegen Benachteiligung anderer Gläubiger gemäß Art. 202, Abs. 2 O.-R., eventuell gestützt auf Art. 288 des B.-Ges. über Sch. u. K. Kläger besitze überhaupt

keine Forderung gegenüber der Frau Henggeler; allerdings liege eine Schuldanerkennung der letztern vor, allein dies sei angesichts von Art. 288 des B.-Ges. über Sch. u. K. nicht entscheidend. Eine allfällige Forderung gegen den verstorbenen Oberst A. Henggeler sei durch Nichtanmeldung in das öffentliche Inventar untergegangen. Dazu komme, daß eine solche eventuelle Forderung gemäß dem Revers vom 10. August 1887 noch bedingt wäre durch die Liquidation der Aktien. Durch Erkenntnis vom 16. November 1896 hat der Einzelrichter des Bezirksgerichtes Zürich die Eigentumsansprache des Klägers gutgeheißen. Die Appellationskammer des Obergerichts bestätigte diesen Entscheid durch das eingangs, Fakt. A mitgeteilte Urteil, indem sie ausführte: Kläger gebe zu, daß er die Regreßforderung, die ihm gegenüber dem verstorbenen Oberst Henggeler zugestanden, in das über den Nachlaß des letztern errichtete öffentliche Inventar nicht angemeldet habe. Daraus folge nun allerdings, daß die Forderung gemäß § 209 des zugerischen privatrechtlichen Gesetzbuchs durch den Antritt der Erbschaft seitens der Witwe Henggeler untergegangen sei, und der Kläger bei Anhebung des Rechtstriebes im Herbst 1894 keinen rechtsgültigen Anspruch gegen die Betriebene besessen habe. Indessen komme hierauf deswegen nichts an, weil die Witwe Henggeler die Existenz der Forderung stillschweigend anerkannt, und dadurch den Kläger für die Durchführung des Rechtstriebes in die gleiche Lage versetzt habe, wie wenn seine Forderung noch ungeschwächt zu Recht bestanden hätte. Bei dieser Sachlage erscheine der Standpunkt, daß die vom Betreibungsamt vorgenommene Eigentumsübertragung infolge des Mangels einer Forderung unwirksam gewesen sei, von vornherein als unstichhaltig; es könnte sich höchstens fragen, ob Witwe Henggeler gegenüber dem Kläger eine Rückforderungsklage im Sinne von Art. 86 Sch. u. K.-G. hätte geltend machen können, worauf aber nicht weiter eingetreten zu werden brauche. Die Behauptung der Beklagten, daß die Eigentumsübertragung eine simulierte gewesen sei, insofern als der Kläger seinerseits gar nicht den Willen gehabt habe, das Eigentum des betreffenden Mobiliars zu erwerben, finde in den Akten keine Unterstützung. Der Umstand, daß man zuerst von einer allfälligen Sicherheit für die Forderung gesprochen habe, könne

eine solche Annahme noch nicht begründen. Was die Berufung auf Art. 202 O.-R. anbelange, so sei zu berücksichtigen, daß es sich nicht um einen zwischen dem Kläger und der Witwe Henggeler direkt abgeschlossenen Veräußerungsvertrag, sondern um eine Zwangsvollstreckung gehandelt habe. Nun finde die Vorschrift des Art. 199 u. ff. O.-R., daß eine Eigentumsübertragung nur durch Tradition oder durch constitutum possessorium erfolgen könne, auf die Zwangsverwertung gar keine Anwendung, vielmehr seien hier einzig und allein die Art. 122 u. ff. des Sch. u. K.-Ges. maßgebend. Danach habe aber der Kläger unzweifelhaft mit dem Zuschlag der Gegenstände und der Verrechnung des Kaufpreises das Eigentum an den verwerteten Pfändern erworben, auch wenn eine Wegnahme derselben aus dem Besitze der Schuldnerin nicht erfolgt sei. Übrigens könne natürlich auch bei einer Zwangsverwertung durch das Betreibungsamt eine Benachteiligungsabsicht im Sinne von Art. 202, Abs. 2, O.-R. gar nicht in Frage kommen.

2. Der Kläger stützt sein Eigentumsrecht an dem streitigen Mobiliar auf den vom Betreibungsamt angeordneten freihändigen Verkauf, bei welchem er dasselbe als Käufer zugeschlagen erhielt; sein Erwerbstitel besteht also in einem zwischen dem Betreibungsamt und ihm abgeschlossenen Kaufvertrag. Außer Zweifel steht nun zunächst, daß die für das Zustandekommen dieses Vertrages erforderlichen Voraussetzungen in casu vorhanden sind, indem zwischen dem Betreibungsbeamten und dem Kläger der übereinstimmende Wille gegenseitig erklärt wurde, daß das Mobiliar dem Kläger um den vereinbarten Kaufpreis zu vollem Rechte und Genusse übergeben werden solle. Ebenso kann mit Grund nicht bestritten werden, daß die gemäß Art. 199 O.-R. für den Eigentumsübergang erforderliche Besitzübergabe stattgefunden habe. Allerdings ist der Kaufgegenstand nicht in den Gewahrsam des Klägers übergegangen; allein hieraus folgt nicht, daß eine Besitzesübergabe nicht stattgefunden habe, indem der Besitzerwerb des Klägers auch durch Stellvertretung erfolgen konnte. Ein solcher Besitzerwerb ist nun in der That dadurch bewirkt worden, daß der Betreibungsbeamte das verkaufte Mobiliar, statt es dem Kläger direkt zu behändigen, gemäß dem Willen desselben der Betriebenen überließ, und diese den Gewahrsam daran nunmehr für den Kläger aus-

übte. Da der Kaufgegenstand sich in den Händen eines dritten, der Betriebenen, befand, genügte zur Besitzübertragung an den Kläger die Zustimmung des Betreibungsbeamten dazu, daß die Betriebene den Kaufgegenstand fortan im Namen des Klägers im Gewahrsam halte. Diese Zustimmung konnte auch stillschweigend erteilt werden, und sie muß in der That als erteilt angesehen werden, indem irgend ein vernünftiges Interesse des Betreibungsbeamten, der Empfangnahme des Kaufgegenstandes durch den Kläger gemäß der von diesem getroffenen Disposition sich zu widersetzen, und dadurch die Beendigung des Verwertungsaktes aufzuhalten, schlechterdings nicht eingesehen werden kann.

3. Aus der Thatsache, daß der Rechtstitel für das Eigentum des Klägers in einem mit dem Betreibungsbeamten, und nicht mit der angeblichen Schuldnerin abgeschlossenen Veräußerungsgeschäfte besteht, ergiebt sich nun auch ohne weiteres die Unbegründetheit der von den Beklagten erhobenen Einrede der Simulation. Mit der Einrede der Simulation wird geltend gemacht, daß die Kontrahenten das erklärte Rechtsgeschäft nur zum Scheine abgeschlossen haben, während sie dessen Rechtswirkungen gar nicht wollten. Nun kann aber keine Rede davon sein, daß zwischen dem die Pfandverwertung durchführenden Betreibungsbeamten und dem Kläger etwa die Meinung obgewaltet habe, der Zuschlag und die Übertragung des Eigentums an dem Mobiliar an diesen solle nur zum Schein stattfinden; bei dem zwischen diesen beiden Kontrahenten abgeschlossenen Rechtsgeschäft deckte sich vielmehr ganz offenbar der wirkliche Vertragswille mit der abgegebenen Erklärung. Ebenso muß es hiernach als verfehlt bezeichnet werden, wenn sich die Beklagten zur Bestreitung der klägerischen Eigentumsansprache auf Art. 202 O.-R. berufen haben. Wie bereits bemerkt, befand sich das veräußerte Mobiliar nicht in Handen des Veräußerers, sondern eines dritten, der angeblichen Schuldnerin, und es kann daher von einer Besitzübertragung durch constitutum possessorium, d. h. durch die Vereinbarung zwischen Veräußerer und Erwerber, daß die veräußerte Sache auf Grund eines besondern Rechtsverhältnisses, wie z. B. eines Mietvertrages, noch im Gewahrsam des erstern zurückbleiben solle, nicht die Rede sein. Der Umstand aber, daß der Erwerber die gekaufte Sache der Betrie-

benen, auf Grund eines mit dieser abgeschlossenen Mietsvertrages, überließ, war für die Frage der Wirksamkeit seines Besitzerwerbes ebenso gleichgültig, als wenn er dieselbe anderweitig vermietet, oder in eigenen Gewahrsam genommen hätte. Unmöglich kann der Auffassung der Beklagten beigetreten werden, daß Art. 202, Abs. 2 O.-R. auch in den Fällen Anwendung finde, wo ein Gläubiger, statt sich für seine Forderung Deckung durch Besitzübertragung mittelst constitutum possessorium zu verschaffen, die Betreibung anhebt, und nach erfolgter Pfandverwertung die gepfändeten Gegenstände in den Händen des Schuldners läßt. Dieser Auffassung steht schon der klare Wortlaut des Art. 202 cit. entgegen, der ausdrücklich nur von dem Falle spricht, wo die veräußerte Sache sich im Gewahrsam des Veräußerers befindet, und nach der Vereinbarung der Kontrahenten auch nach der Veräußerung in demselben zurückbleiben soll. Sodann ist zu beachten, daß der einzelne Gläubiger zweifellos berechtigt ist, ohne sich um die Interessen anderer Gläubiger zu kümmern, auf dem Betreibungswege für seine fällige Forderung Deckung zu suchen, und daß der Umstand, daß infolgedessen die übrigen Gläubiger aus dem Vermögen des Schuldners keine Befriedigung mehr finden, diesem kein Recht giebt, das Resultat eines solchen Vorgehens anzufechten. Daraus ergiebt sich denn auch, daß von einer Benachteiligung dritter überhaupt nicht gesprochen werden kann, wenn der Gläubiger, der für seine fällige, unanfechtbare Forderung Betreibung angehoben hat, bei der Pfandverwertung die Pfandobjekte auf Rechnung dieser Forderung selbst erwirbt, und sie hierauf dem Schuldner wieder überläßt. Was der Gläubiger mit den auf der öffentlichen Steigerung, oder beim nach Art. 130 Sch. u. K.-G. angeordneten freihändigen Verkauf erworbenen Vermögensstücken anfängt, ist eine Sache, welche die übrigen Gläubiger seines Schuldners nicht berührt.

4. Dagegen bietet das vom Kläger eingeschlagene Verfahren allerdings Anlaß zur Anwendung der Bestimmungen über die paullianische Klage, insofern es sich fragen muß, ob demselben in der That eine Forderung an die Schuldnerin der Beklagten zugestanden habe, die ihn zur Anhebung der Betreibung gegen sie, und deshalb zur Bezahlung des Kaufpreises für das Mobiliar im Wege der Verrechnung, berechtigte. Stand ihm nämlich eine solche

Forderung nicht zu, so bedeutete die durch diese Betreibung herbeigeführte Eigentumsübertragung an den Kläger zweifellos eine Verminderung des Vermögens der Witwe Henggeler, durch welche die Gläubigerrechte verletzt werden konnten, indem das übrige Vermögen bei weitem nicht mehr hinreichte, um denselben für ihre Forderungen Befriedigung zu gewähren. Nun braucht nicht untersucht zu werden, ob dem Kläger aus seiner Intercession bei der Bank in Winterthur gegenüber dem verstorbenen Ehemann der Frau Henggeler, so lange er die übernommenen Aktien der Fabriken Landquart noch besaß, ein Regreßanspruch an den letztern überhaupt erwachsen sei; denn die Vorinstanz erklärt, gestützt auf § 291 des zugerischen privatrechtlichen Gesetzbuches, daß eine allfällige Forderung des Klägers an den Ehemann der Frau Henggeler dadurch untergegangen sei, daß der Kläger dieselbe, wie er selbst zugiebt, in das über den Nachlaß Henggelers errichtete öffentliche Inventar nicht angemeldet habe. Diese Entscheidung ist für das Bundesgericht verbindlich, da sie lediglich eine vom kantonalen Rechte beherrschte Frage beschlägt (Art. 161 O.-R.). Wenn sich dagegen der Kläger darauf beruft, daß seine Forderung von Frau Henggeler freiwillig anerkannt worden sei, so ist dagegen zu bemerken, daß er selbst nicht behauptet, und noch weniger bewiesen hat, daß Frau Henggeler die von ihm geltend gemachte Forderung vor dem Herbst 1894, als er die Betreibung ins Werk setzte, anerkannt habe, die behauptete Anerkennung demnach nur in ihrer Einwilligung zur Betreibung gefunden werden kann, und es sich hier nun eben fragen muß, ob darin nicht eine mit der paullianischen Klage anfechtbare Rechtshandlung liege.

5. Da bis zu der zu Gunsten der Beklagten erfolgten Pfändung mehr als 6 Monate verstrichen sind, kann sich die Anfechtung einzig auf Art. 288 Sch. u. K.-G. stützen, wonach alle Rechtshandlungen, ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt ihrer Vornahme, anfechtbar sind, welche der Schuldner in der dem andern Teile erkennbaren Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen, oder einzelne Gläubiger zum Nachteile anderer zu begünstigen. Wie nun das Bundesgericht bereits mehrfach (s. z. B. in s. Entscheidung i. S. Leihkasse Rapperswyl gegen Brack vom 9. November 1894, Revue der Gerichtspraxis im Gebiete des

Bundescivilrechts, Bd. XIII, Nr. 60; ferner in seiner Entscheidung i. S. Konkursmasse Forster gegen Graf, A. S. der bg. Entsch. Bd. XXI, S. 1277, Erw. 6, und in Sachen Suñer c. faillite Suñer vom 6. April 1895, B.-G. Entsch., Bd. XXI, S. 669, Erw. 4) ausgesprochen hat, ist zur Anfechtbarkeit einer Rechtshandlung nach Art. 288 cit. nicht erforderlich, daß diese Rechtshandlung geradezu die Schädigung zum Zwecke gehabt habe, sondern es muß der Nachweis für die Absicht, die Gläubiger zu schädigen, schon dann als erbracht angesehen werden, wenn die Schädigung von dem Schuldner als die natürliche Folge der angefochtenen Rechtshandlung normaler Weise vorausgesehen werden mußte. Diese Voraussetzung trifft im vorliegenden Falle zu. Es muß ohne weiteres davon ausgegangen werden, daß Frau Henggeler, die den Nachlaß ihres Mannes auf Grund des öffentlichen Inventars angetreten hatte, gewußt habe, daß sie damit nur diejenigen Schulden ihres Mannes übernommen habe, welche in diesem Inventar angemeldet worden waren, und sie daher für die nicht angemeldete Forderung des Klägers von demselben nicht belangt werden könne. Daß sie von den im Inventar angemeldeten Forderungen der Beklagten keine Kenntnis gehabt habe, hat sie selbst nicht behaupten können, zumal sie wenigstens von dem einen derselben, Boßard, bereits im Jahre 1892 betrieben worden war, und mit demselben einen Stundungsvertrag abgeschlossen hatte. Danach konnte es aber der Frau Henggeler nicht entgehen, daß die Anerkennung der vom Kläger geltend gemachten Forderung, und die Nichtauswirkung eines Rechtsvorschlages, wodurch dem Kläger die Exekution auf ihr gesamtes Vermögen geöffnet wurde, nach aller Berechnung auf eine Benachteiligung der Beklagten hinauslaufe. Was sodann den Kläger anbetrifft, so kann nicht bestritten werden, daß ihm diese Sachlage vollkommen erkennbar war. In dieser Richtung fällt einmal in Betracht, daß er mit der Familie Henggeler in freundschaftlichen Beziehungen stand, und sich zur Erlangung der angestrebten Deckung an den ihm von Frau Henggeler selbst bezeichneten Anwalt wandte, was darauf schließen läßt, daß ihm die Vermögensverhältnisse der Frau Henggeler nicht unbekannt gewesen seien. Berücksichtigt man aber weiter, daß Kläger nicht behauptet hat, auch gegen Hämmerli vorgegangen zu sein,

der sich ihm doch neben Henggeler durch den Revers vom 10. August als Solidarschuldner verpflichtet hatte, und daß er nach durchgeführter Verwertung am gleichen Tage, als er das Mobiliar käuflich erworben hatte, dasselbe der Frau Henggeler mietweise überließ, so erscheint die Annahme als unabweisbar, daß der Zweck seines Vorgehens geradezu darin bestand, der Frau Henggeler dieses Mobiliar vor dem Zugriffe der Gläubiger zu retten. Demnach sind die Voraussetzungen für die Anwendung des Art. 288 unzweifelhaft auch in seiner Person vorhanden.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Berufung der Beklagten wird als begründet erklärt, und in Abänderung des Urteils der Appellationskammer des zürcherischen Obergerichts vom 27. Februar 1897 die Klage abgewiesen.

---

105. Urteil vom 7. Mai 1897 in Sachen Kern & Cie. gegen Wild.

A. Mit Urteil vom 22. Februar 1897 hat das Handelsgericht des Kantons Aargau erkannt: Die Verpflichtung des Klägers im Vertrage vom 25. Januar 1888, sowie im Nachtrage von 1893, mit welcher der Kläger sich verpflichtete: niemals weder in einem Konkurrenzgeschäfte der Firma Kern & Cie. oder deren Rechtsnachfolger Anstellung zu nehmen oder irgendwie sich zu beteiligen, noch selbst irgendwie Konkurrenz zu treiben, noch durch Mitteilungen an Konkurrenten schädlich zu sein oder im Widerhandlungsfalle der Firma Kern & Cie., bezw. deren Rechtsnachfolgern, eine Konventionalstrafe von 5000 Fr. resp. 10,000 Fr. zu bezahlen, wird als ungültig erklärt.

B. Gegen dieses Urteil hat die Beklagte rechtzeitig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Begehreu: Es sei in Aufhebung des angefochtenen Urteils der Kläger abzuweisen, soweit er etwas anderes verlange, als die Beklagte anerkenne.

C. In der heutigen Verhandlung wiederholt der Vertreter der Beklagten und Berufungsklägerin seinen in der Berufungser-

klärung gestellten Antrag. Der Vertreter des Klägers und Berufungsbeklagten trägt auf Abweisung der Berufung an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Kläger trat im Jahre 1878 als Mechaniker bei der Beklagten in Arbeit. Am 25. Januar 1888 schlossen die Parteien einen Vertrag ab, dahingehend, daß die Beklagte den Kläger für einige Jahre in das Ausland sendet, damit er sich in der Gußzirkelfabrikation gründlich umsehe und ausbilde und nachher der Beklagten in der genannten Fabrikation in der Stellung als Contremaître dienen könne; dabei hatte der Kläger ausschließlich die Interessen der Beklagten im Auge zu behalten und deren Weisungen zu befolgen, auch auf ihren Befehl in ihr Geschäft zurückzukehren. Die Beklagte nahm als Gegenleistung eine Reihe finanzieller Verpflichtungen auf sich. Endlich bestimmt der Vertrag wörtlich folgendes: „Angesichts dieser namhaften Leistungen der Firma Kern & Cie. und der Aussicht auf eine nachherige Contremaître-Stellung in genanntem Geschäfte, verpflichtet sich hiemit Joh. Wild rechtsverbindlich, niemals, möge sein Austritt aus der Firma Kern & Cie. aus irgend einem Grunde erfolgen, weder in einem Konkurrenzgeschäfte der Firma Kern & Cie. oder deren Rechtsnachfolger Anstellung zu nehmen oder irgendwie sich zu beteiligen, noch selbst irgendwie Konkurrenz zu treiben, noch durch Mitteilungen an Konkurrenten schädlich zu sein, und verpflichtet sich, falls er gegen die Vertragsbestimmungen handeln sollte, der Firma Kern & Cie. oder deren Rechtsnachfolgern die Summe von 5000 Fr. Konventionalstrafe auszubezahlen.“ Nachdem der Kläger in Ausführung dieses Vertrages bei verschiedenen Zirkelfabrikanten in Nürnberg gearbeitet und dabei der Beklagten auf ihr Verlangen manigfache Auskunft über die Fabrikationsmethode und -geheimnisse, über die Lohnverhältnisse, kurz, über den ganzen Geschäftsbetrieb hatte zukommen lassen, kehrte er im Juni 1891 zurück und trat bei der Beklagten als Contremaître ein, hauptsächlich um in ihrem Geschäfte die Zirkelfabrikation nach Nürnberger Art, speziell die Gußzirkelfabrikation einzuführen. Am 23. April 1893, anläßlich eines Besuches eines der Nürnberger Prinzipale des Klägers, Schönner, wurde die im Vertrage vom 25. Januar 1888 stipulierte Konventionalstrafe

auf 10,000 Fr. erhöht. Wegen Uneinigkeiten, die der Kläger mit einem Mitangestellten hatte, wurde er auf 1. Oktober 1896 entlassen.

2. Unterm 2. Oktober 1896 erließ nunmehr der Kläger an die Beklagte eine rechtliche Aufforderung, sie habe binnen Frist von 3 Tagen von der Zustellung an anzuerkennen, daß das Konkurrenzverbot vom 25. Januar 1888 sammt Konventionalstrafe ungültig sei. Da die Beklagte binnen der angesetzten Frist die verlangte Erklärung nicht abgab, erhob der Kläger beim Handelsgericht des Kantons Aargau mit Klageschrift vom 23. Oktober 1896 Klage auf Ungültigerklärung des Konkurrenzverbotes, indem er ausführte, dasselbe sei, weil zeitlich und örtlich unbeschränkt, die Verwendung seiner persönlichen Arbeitskraft in unzulässiger Weise hindernd und deshalb unsittlich, also ungültig.

Die Beklagte erklärte durch Vermittlung des Gerichtspräsidiums Aarau unterm 28. Oktober 1896 (mit korrigierendem Nachtrage vom 4. November 1896), sie reduziere das Konkurrenzverbot zeitlich vom Tage des Austrittes des Joh. Wild aus ihrem Geschäft auf 10 Jahre, und örtlich auf das Gebiet der Schweiz. Der Kläger trat hierauf nicht ein.

Im Prozesse wiederholte die Beklagte diese Erklärung und beantragte sodann Abweisung der Klage, soweit damit mehr verlangt werde. Zur Begründung machte sie geltend: Nach der bisherigen Gerichtspraxis sei ein Konkurrenzverbot zweifellos gültig, soweit es zeitlich und örtlich den Verhältnissen entsprechend beschränkt sei. Daraus folge, daß das Konkurrenzverbot an sich gültig sei, und ungültig nur, insoweit es jene Beschränkung übersteige, und nur in dem Sinne, daß es alsdann auf Begehren einer Partei oder nach richterlichem Ermessen angemessen zu reduzieren sei. Ferner nahm die Beklagte den Standpunkt ein, die Klage sei schon, weil sie Feststellungsklage sei, abzuweisen, indem der Kläger gar kein rechtliches Interesse an der Feststellung der Ungültigkeit des Konkurrenzverbotes habe, sondern zuwarten müßte, bis die Beklagte ihn bei allfälliger Übertretung auf Zahlung der Konventionalstrafe belange.

3. Die Vorinstanz hat die Klage als Feststellungsklage zugelassen. Es mag nun dahingestellt bleiben, ob der Feststellungs-

anspruch, als eine Art des Rechtsschutzanspruches, ein Anspruch nach Maßgabe des Prozeßrechtes ist (vgl. Wach, der Feststellungsanspruch, S. 32 und 45 ff., und dessen Handbuch des Civilprozeßrechtes I, S. 123) und daher, weil das Prozeßrecht einen Bestandteil des kantonalen, nicht des Bundesrechtes bildet, das Bundesgericht nicht befugt ist, die Frage der Zulässigkeit der Feststellungsklage in diesem Falle zu prüfen, oder ob er materiellrechtlicher Natur ist, so daß das Bundesgericht zur Prüfung der Zulässigkeit der Klage als Feststellungsklage zuständig ist. Denn auch im letztern Falle ist die Zulässigkeit zu bejahen. Nach den (alsdann platzgreifenden) allgemeinen Rechtsgrundsätzen, denen sich insbesondere auch die Praxis des Bundesgerichtes angeschlossen hat, ist Voraussetzung der Feststellungsklage ein rechtliches Interesse des Klägers an der alsbaldigen Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens des streitigen Rechtsverhältnisses (s. Amtl. Samml. der bundesger. Entsch., Bd. VII, S. 199 Erw. 5). Diese Voraussetzung ist in casu gegeben. Zunächst liegt eine Rechtsberühmung der Beklagten im Behaupten, die fragliche Vertragsklausel bestehe zu Recht, vor; dies konnte der Kläger schon daraus, daß er auf die rechtliche Aufforderung vom 2. Oktober binnen der angesetzten Frist keine Antwort erhielt, folgern; und dieses Behaupten schaffte für den Kläger eine Rechtsunsicherheit. Die angefochtene Klausel ist auf das ganze wirtschaftliche Leben des Klägers, auf sein Fortkommen, von eminentestem Einfluß, so daß die Frage ihrer Gültigkeit zunächst jedenfalls von größtem wirtschaftlichen Interesse ist; dieses Interesse ist aber auch rechtlicher Natur, als das Interesse, daß der Kläger sicher sei über seine persönliche Verfügungsfreiheit hinsichtlich seiner wirtschaftlichen Thätigkeit, also über einen Teil seiner individuellen Freiheit. Daß endlich die alsbaldige Feststellung der Gültigkeit oder Ungültigkeit jener Klausel für den Kläger von rechtlichem Interesse ist, leuchtet ohne weiteres ein, da ihm weder zugemutet werden kann, eine wirtschaftliche Existenz zu gründen auf die Gefahr hin, alsdann auf Zahlung der Konventionalstrafe belangt zu werden, noch seine Arbeitskräfte gänzlich brachliegen zu lassen.

4. Ist demnach auch von diesseitiger Instanz auf das Materielle

der Sache einzutreten, so ist die zu entscheidende Frage die: Ist der Richter befugt, ein Konkurrenzverbot, das zeitlich und örtlich unbegrenzt stipuliert worden ist, auf Antrag des Berechtigten oder ex officio nach beiden Richtungen den Umständen des Falles entsprechend zu beschränken, oder steht dem Richter eine solche Befugnis nicht zu? Hierüber ist folgendes auszuführen: Nach konstanter Praxis des Bundesgerichtes (vgl. Amtl. Samml. der bundesgerichtlichen Entscheid., Bd. XVII, S. 721 f.; Bd. XIX, S. 381 f.; Bd. XXI, S. 643 f.), die in Übereinstimmung mit der Praxis der höchsten Gerichtshöfe der außerschweizerischen Staaten steht (vgl. Reichsger. Entsch., Bd. XXI, S. 97; Pataille, Annales, Bd. XIX, S. 139 f.; Kohler, Gesammelte Abhandlungen, S. 62 ff.; und Archiv für bürgerliches Recht, Bd. V, S. 209 ff. und dort citierte; Lemberg, Vertragsmäßige Beschränkungen der Handels- und Gewerbefreiheit, S. 15 f.), gilt ein Konkurrenzverbot dann als gegen die guten Sitten verstoßend, und demnach als ungültig (Art. 17 O.-R.), wenn es die Freiheit des Verpflichteten in so weitgehender Weise beschränkt, daß danach dessen wirtschaftliche Persönlichkeit als aufgehoben, ihrer naturgemäßen Bethätigung entzogen erscheint; also insbesondere dann, wenn das Verbot sich auf den vom Verpflichteten erlernten und ihm gewohnten Beruf bezieht und zeitlich und örtlich unbeschränkt ist. Alle diese Voraussetzungen der Nichtigkeit des Konkurrenzverbotes treffen auf die im Streite liegende Klausel zu: Das Verbot bezieht sich gerade auf dasjenige Gewerbe, welches der Kläger seit Jahren erlernt und in dem er eine spezielle Fertigkeit erworben hat, und zwar auf die Ausübung desselben auf irgend eine Art und Weise; ferner enthält es weder eine örtliche noch eine zeitliche Begrenzung. Es ist deshalb als nichtig anzusehen.

Nun behauptet aber die Beklagte, nicht das (unbeschränkte) Konkurrenzverbot als solches, sondern nur dessen übermäßige Ausdehnung sei nichtig; dagegen halte sie an dieser Ausdehnung nicht fest, und in den Schranken, in denen sie es noch geltend mache, sei es durchaus gültig; der Richter habe daher nicht die Ungültigkeit des Verbotes als solchen auszusprechen, sondern es lediglich zu moderieren; es sei nach der Regel utile per inutile

non vitiatur und in Analogie der Art. 345 O.-R. und 182 eod. zu handeln. Diese Argumentation geht völlig fehl. Was zunächst die von der Beklagten angezogenen Analogieen betrifft, aus denen sie ihren Standpunkt ableiten will, so kann vorerst von einer Analogie des richterlichen Ermäßigungsrechtes bei der Konventionalstrafe (Art. 182 O.-R.) in keiner Weise die Rede sein. Denn die Konventionalstrafe ist an und für sich nach der Auffassung des Gesetzes durchaus gültig; sie wäre daher auch in jedem Falle im vereinbarten Umfange zu bezahlen, wenn nicht das Gesetz im Interesse der Billigkeit durch singulären Rechtssatz dem Richter eine Ermäßigungsbefugnis gegeben hätte. Nicht handelt es sich also bei der Konventionalstrafe um die Beschränkung von etwas an sich ungültigem. Art. 345 O.-R. aber, der die Dienstverträge auf Lebenszeit (des einen oder andern Kontrahenten) als auf einen bestimmten Zeitpunkt kündbar erklärt, enthält allerdings einen Ausfluß des Prinzipes, daß zu weitgehende vertragsmäßige Beschränkungen der Persönlichkeit im Sinne des Art. 17 O.-R. unsittlich und daher ungültig sind; allein er schließt in seinem zweiten Teile wiederum einen singulären Rechtssatz, der von Zweckmäßigkeitsrücksichten ausgeht, in sich; ohne diesen speziellen Rechtssatz wäre der auf Lebenszeit abgeschlossene Dienstvertrag ohne weiters nichtig, so ist es nur der Verzicht auf das Kündigungsrecht (vgl. Hafner, Kommentar zum Obligationenrecht, 2. Auflage, Art. 345, Nr. 4). Sodann trifft der Satz utile per inutile non vitiatur durchaus nicht zu. Denn dieser Satz kann seiner Natur nach nur bei teilbaren Obligationen Anwendung finden; eine solche liegt aber in der streitigen Vertragsklausel nicht; eine Teilbarkeit der Leistung, zu welcher sich der Kläger verpflichtet hat, ist undenkbar. Jeder Versuch seinerseits, sich an das Verbot nur in beschränktem Grade (z. B. bezüglich der örtlichen Ausdehnung) zu binden, würde die Manifestierung eines andern Willens als des bei Eingehung des Vertrages erklärten bedeuten. Ebensowenig kann die Beklagte einseitig erklären, sie wolle das Konkurrenzverbot nur in beschränktem Umfange geltend machen. Hierin läge nicht etwa ein Verzicht auf ein Recht, sondern die Ersetzung des ursprünglichen Vertrages durch einen Vertrag anderen Inhaltes, da eben das zeitlich und örtlich

unbeschränkte und daher nichtige Konkurrenzverbot gegenüber dem in diesen Richtungen beschränkten und somit gültigen nicht ein mehreres, sondern ein anderes darstellt. Ganz ebenso verhält es sich mit dem Moderationsrechte des Richters: bei Zulassung eines Ermäßigungsrechtes würde vom Richter etwas ganz anderes geschaffen, als die Parteien bei Eingehung des Vertrages gewollt haben; damit würde der Richter aus den Grenzen der Auslegung des Vertragswillens, des Vertragsinhaltes hinaustreten und den Parteiwillen durch seine Willkür ersetzen.

Da sonach das angegriffene Konkurrenzverbot nichtig, und zwar in seiner unteilbaren Totalität nichtig ist, muß die Frage, ob dem Richter ein Recht, es in die zulässigen Grenzen einzuschränken, zustehe, verneint werden. Denn, wie die Vorinstanz mit Recht bemerkt, etwas nichtiges, rechtlich nicht existierendes, kann auch nicht modifiziert werden. Das Bundesgericht findet sich mit diesem Entscheide in Übereinstimmung mit den Urteilen auswärtiger höchster Gerichte, die der Vertreter der Beklagten mit Unrecht für seinen Standpunkt angerufen hat (vgl. insbesondere Entsch. des R.-G., Bd. 31, S. 97; Pataille, a. a. O.; Lemberg, a. a. O., S. 57 f.; Staub, Kommentar z. d. H.-G.-B., Art. 59, § 5 [3. u. 4. Auflage, S. 106]). Die Klage ist danach in Bestätigung des vorinstanzlichen Urteiles gutzuheißen.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Berufung der Beklagten wird als unbegründet abgewiesen und demgemäß das Urteil des Handelsgerichtes des Kantons Aargau vom 22. Februar 1897 in allen Teilen bestätigt.

106. Urteil vom 8. Mai 1897 in Sachen Dütschler gegen politische Gemeinde St. Gallen.

A. Durch Urteil vom 11./12. März 1897 hat das Kantonsgericht des Kantons St. Gallen erkannt: Die klägerische Forderung ist im Betrage von 30,000 Fr., bezw. 28,850 Fr. (im Sinne der Erwägung II, Ziff. 2, litt. a in fine) nebst Zins zu 5 % ab 22. September 1894 geschützt; mit einer Mehrforderung ist der Kläger abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat der Kläger die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit dem Antrag auf gänzliche Gutheißung der Klage. Die Beklagte hat folgende Anträge gestellt; 1. Es sei auf die Berufung mangels Kompetenz des Bundesgerichts nicht einzutreten; 2. für den Fall des Eintretens sei die eventuell von der Beklagten erklärte Anschlußberufung gutzuheißen, und das kantonsgerichtliche Urteil in der Weise abzuändern, daß dem Kläger lediglich 5000 Fr., resp. 3850 Fr. gemäß Ziff. II 2 a des genannten Urteils zugesprochen, die weitere Forderung von 25,000 Fr. abgesprochen werde; 3. eventuell sei die Berufung als unbegründet abzuweisen.

In der heutigen Hauptverhandlung erneuern die Parteianwälte ihre schriftlich gestellten Anträge.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Kläger hatte im Jahre 1876 die Besitzung zur Stadtsäge am Steinachbach bei Lämmlisbrunnen, St. Gallen, käuflich erworben. Am 1. November 1891 beschloß die Bürgerversammlung der politischen Gemeinde St. Gallen die Überwölbung der Steinach vom Speiserthor bis zur Stadtgrenze, und die Korrektion der Lämmlisbrunn-Rorschacher- und Steinachbachstraße mit den Anschlüssen an dieselben. Durch dieses Korrektionswerk wurde sowohl die Leitung der Wasserkraft zur Säge, als die Besitzung des Klägers selbst betroffen. Vom klägerischen Grund und Boden wurde zwar für das Unternehmen nichts in Anspruch genommen, und es fand denn auch das Expropriationsverfahren gegenüber dem Kläger nicht statt; allein die Korrektion veranlaßte wesentliche Änderungen in der Anlage der Wasserleitung der klägerischen

Besitzung; sie hatte eine teilweise Verlegung des Steinbachbettes, speziell auch bei der Säge, die Überwölbung des Baches und eine Anlage der Lämmlisbrunnstraße in Höhe und Richtung zur Folge, durch welche das klägerische Etablissement seine bequeme Zufahrt verlor, da die frühere tiefer gelegene Straße und die Sägebrücke eingingen. Am 22. September 1894 machte der Kläger beim Bezirksgericht St. Gallen gegen die Beklagte eine Entschädigungsforderung von 100,000 Fr. geltend; er behauptete, durch diese Korrektion sei er in seinen Rechten als Eigentümer der Liegenschaft zur Stadtsäge verletzt worden, und berief sich in rechtlicher Beziehung auf die Art. 112, 115 und 50 ff. O.-R., sowie auf das kantonale Dienstbarkeitengesetz. Das Kantonsgericht von St. Gallen hat die Klage, soweit sie sich auf die citierten Bestimmungen des eidgnössischen O.-R. stützte, als unbegründet erklärt, dagegen auf Grund des kantonalen Dienstbarkeitengesetzes in dem aus Fakt. A oben ersichtlichen Umfange gutgeheißen. Die Erwägungen dieses Urteils gehen im wesentlichen dahin: Der Kläger berufe sich mit Unrecht auf die Art. 112 und 115 O.-R.; denn diese Artikel, wie überhaupt die Bestimmungen des zweiten Titels des schweizerischen Obligationenrechts setzen das Vorhandensein und den Bestand eines Vertragsverhältnisses voraus, wonach die Verbindlichkeit darin bestehe, entweder etwas zu thun oder nicht zu thun. Daß nun der Kläger mit der Beklagten in einem solchen Vertragsverhältnisse stehe, sei weder behauptet noch erwiesen. Auch von der Anwendung der Art. 50 ff. O.-R. könne keine Rede sein, indem hier eine, sei es fahrlässig oder absichtlich begangene, widerrechtliche Schädigung des Klägers durch die Beklagte nicht vorliege. Auch im Kanton St. Gallen gelte der allgemein anerkannte Grundsatz, daß Staat und Gemeinden ein Recht auf Erstellung, Verlegung und Abänderung von Straßenzügen, welche im Interesse der Allgemeinheit liegen, besitzen. Dieser Grundsatz habe in verschiedenen kantonalen Gesetzen positiven Ausdruck gefunden. Daraus folge, daß die Durchführung der von der Bürgerversammlung der politischen Gemeinde St. Gallen am 1. November 1891 beschlossenen Steinachkorrektion an sich keine unerlaubte Handlung gewesen sei, und daher eine widerrechtliche Schädigung des Klägers, welche aus derselben entstanden sein solle, zum voraus nicht in Frage kommen könne, es sei denn eine solche, die sich aus den

Bestimmungen des Nachbar- oder Dienstbarkeitenrechts ergeben würde, wofür aber die Bestimmungen des letztern, nicht diejenigen des Obligationenrechts maßgebend seien. Da nun unbestrittenermaßen die Beklagte für die Steinachkorrektion klägerisches Privateigentum nicht in Anspruch genommen habe, könne es sich nur darum handeln, ob ein dem Kläger aus der Durchführung der Korrektion erwachsener Schaden unter dem Gesichtspunkte des Art. 12 und Art. 26 des kantonalen Dienstbarkeitsrechts durch die Beklagte gutzumachen sei. Diese Frage sei zu bejahen, denn es liege nicht im Streite, daß zur klägerischen Liegenschaft seit alter Zeit eine Wasserkraft gehöre, welche bei der Halderschen Mühle über die Steinach und von da in einer dem Kläger zugehörenden und von ihm zu unterhaltenden Leitung, teils auf öffentlichem (beklagtischem) Grund und Boden, teils auf Privatbesitz nach der klägerischen Säge und Teigwaarenfabrik geführt werde und ununterbrochen und ungestört benutzt worden sei. Es sei danach im Sinne des Art. 20 des kantonalen Dienstbarkeitsgesetzes der Erwerb einer Grunddienstbarkeit an der Wasserkraft durch den Kläger ausgewiesen, welche Servitut speziell hinsichtlich der Wuhr bei der Speisethorbrücke am 23. März 1848 von der Beklagten übernommen worden sei. Daraus ergebe sich, daß die Beklagte im Sinne des Art. 26 des Dienstbarkeitsgesetzes dem Kläger für den Schaden verantwortlich sei, den derselbe durch die Beeinträchtigung seiner Wasserleitungsrechte in Folge der Steinachkorrektion erlitten habe. Außerdem habe der Kläger gemäß Art. 12 des Dienstbarkeitengesetzes Anspruch auf Ersatz des Schadens, der ihm durch die Korrektion der Lämmlisbrunnstraße erwachsen sei.

2. Die von der Beklagten in erster Linie erhobene Einwendung, daß das Bundesgericht nicht kompetent sei, auf die Berufung einzutreten, ist unbegründet. Der Kläger hat seine Entschädigungsforderung auf die Art. 112 und 115, sowie auf Art. 50 ff. O.-R. gestützt, also einen Anspruch des eidgenössischen Rechtes geltend gemacht. Ebenso ist der gesetzliche Streitwert offenbar gegeben. Das Bundesgericht ist daher gemäß Art. 56 und 59 O.-G. zur Beurteilung der vorliegenden Berufung kompetent, insoweit es sich fragt, ob der Klageanspruch aus dem eidgenössischen Rechte begründet sei, während sich dagegen allerdings der Entscheid der Vorinstanz seiner Nachprüfung insoweit entzieht, als derselbe auf der

Anwendung des kantonalen Rechtes beruht. Soweit sich also der Kläger zur Begründung seiner Klage neben den Bestimmungen des eidg. Obl.-Rechts auf das kantonale Recht berufen hat, oder Fragen des kantonalen Rechts für die Entscheidung des aus dem eidg. O.-R. abgeleiteten Entschädigungsanspruchs präjudiziell sind, ist der Entscheid der Vorinstanz für das Bundesgericht verbindlich.

3. Indem der Kläger seine Schadenersatzforderung auf Art. 112 und 115 O.-R. stützt, macht er geltend, daß in der von der Beklagten durchgeführten Korrektion ihm gegenüber eine Vertragsverletzung liege. Nun hat er aber, wie die Vorinstanz ausdrücklich feststellt, nicht einmal behauptet, daß seit dem 1. Januar 1883, d. h. seit dem Inkrafttreten des schw. Obl.-Rechts, zwischen ihm und der Beklagten ein Vertrag abgeschlossen worden sei, kraft dessen der Beklagten ihm gegenüber rücksichtlich der Korrektion der Steinach und der anstoßenden Straßen gewisse Verpflichtungen erwachsen wären. Auf Rechtsverhältnisse aber, die vor jenem Datum begründet worden waren, finden die Bestimmungen des eidg. Obl.-Rechts laut Art. 882 dieses Gesetzes keine Anwendung. Aus den angerufenen Art. 112 und 115 O.-R. kann daher ein Entschädigungsanspruch des Klägers nicht hergeleitet werden.

4. Die Erhebung einer Klage aus Art. 50 O.-R. hat zur Voraussetzung, daß die Beklagte den Kläger widerrechtlich, sei es absichtlich oder fahrlässig geschädigt habe. In erster Linie muß also vorliegen, daß die von der Beklagten durchgeführte Korrektion gegenüber dem Kläger objektiv eine widerrechtliche Handlung in sich schließe. Nun hat die Vorinstanz allerdings erklärt, daß der Kläger durch jene Korrektion einen Eingriff in seine Privatrechtssphäre erlitten habe, indem sie auf Grund des kantonalen Dienstbarkeitengesetzes eine Verletzung von Grunddienstbarkeits- und Nachbarrechten des Klägers annahm, und an diese Entscheidung ist das Bundesgericht, da es sich dabei um die Anwendung des kantonalen Rechts handelt, gebunden. Allein damit ist die Frage noch nicht entschieden, ob die Beklagte in der Durchführung der Korrektion widerrechtlich gehandelt habe. Es muß sich vielmehr weiter fragen, inwieweit die Beklagte verpflichtet gewesen sei, jene Privatrechte des Klägers zu respektieren, bezw. ob ihr nicht das Recht zugestanden habe, trotz den entgegenstehenden Privatrechten des Klägers die Korrektion durchzuführen; und nun stellt die Vor-

instanz fest, daß der Beklagten auf Grund des kantonalen öffentlichen Rechts in der That die Befugnis zur Durchführung derartiger Korrektionen unter Inanspruchnahme von Privatrechten dritter zustehe. Ist dies aber der Fall, so genügt die Thatsache, daß durch die Korrektion in die Privatrechte des Klägers eingegriffen worden ist, nicht, um der Durchführung derselben den Charakter einer widerrechtlichen Handlung beizulegen. Von einer Widerrechtlichkeit könnte vielmehr nur gesprochen werden, sofern die Beklagte sich dabei nicht innerhalb der durch das öffentliche Recht gezogenen Schranken gehalten, z. B. eine etwa erforderliche obrigkeitliche Bewilligung nicht eingeholt hätte, oder sich bei der Ausführung Schädigungen des Klägers hätte zu schulden kommen lassen, die unter Anwendung der erforderlichen Sorgfalt hätten vermieden werden können. Nach dieser Richtung hin ist jedoch gegen die Beklagte nichts vorgebracht worden. Der Kläger hat weder behauptet noch bewiesen, daß von der Beklagten bei der Korrektion unnötige Maßnahmen getroffen worden seien, die eine schädigende Wirkung bezüglich der klägerischen Liegenschaft ausübten, oder daß sie Maßregeln unterlassen habe, die zur Verhütung von Schaden geboten gewesen wären. Hieraus folgt, daß die Schädigungen, die der Kläger durch die fragliche Korrektion erlitten hat, nicht auf eine widerrechtliche Handlung der Beklagten zurückzuführen sind, und es kann sich daher dessen Entschädigungsanspruch nicht auf Art. 50 O.-R., sondern nur darauf gründen, daß nach dem maßgebenden kantonalen Recht derartige Eingriffe in die Privatrechtsverhältnisse dritter nicht unbedingt, sondern nur gegen Schadloshaltung gestattet sind. Inwieweit die Entschädigungsforderung des Klägers aus diesem letztern Gesichtspunkt begründet sei, hat die Vorinstanz auf Grund des st. gallischen Dienstbarkeitsgesetzes untersucht, und zur Überprüfung dieses Entscheides ist das Bundesgericht, da es sich hier ausschließlich um die Anwendung kantonalen Rechts handelt, nicht kompetent.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Berufung des Klägers sowohl als die Anschlußberufung der Beklagten werden als unbegründet abgewiesen und das Urteil des Kantonsgerichts des Kantons St. Gallen in allen Teilen bestätigt.

107. Urteil vom 14. Mai 1897 in Sachen Picard gegen Schweizerische Unionbank in St. Gallen.

A. Durch Urteil vom 2. März 1897 hat das Kantonsgericht des Kantons St. Gallen erkannt: Die klägerische Forderung ist im Betrage von 35,680 Fr. 15 Cts. sammt Zinsen zu 5 % ab 1. November 1896 geschützt.

B. Gegen dieses Urteil hat der Beklagte die Berufung an das Bundesgericht erklärt und den Antrag gestellt, es sei die klägerische Forderung auf den Betrag von 18,779 Fr. 60 Cts., Wert 31. Oktober 1896, eventuell auf eine andere geringere Summe als die gutgesprochene zu reduzieren. In der heutigen Hauptverhandlung erneuert der Anwalt des Beklagten diesen Antrag. Der Anwalt der Klägerin beantragt Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. S. M. Bernheim, Inhaber eines Konfektionsgeschäftes in Zürich, fragte am 3. August 1891 die Klägerin an, ob und zu welchen Konditionen sie ihm gegen Bürgschaft der Herren Marx H. Bernheim in Thiengen, (welcher nach dem angefochtenen Urteile der Onkel des S. M. Bernheim sein soll, zugleich aber nach den Akten auch der Schwiegervater des Beklagten ist, der seinerseits auch als Schwager des Hauptschuldners bezeichnet ist), S. H. Bernheim, Vorsteher und Stadtrat in Thiengen (nach dem Urteil der Vater des S. M. Bernheim) und Simon J. Picard in Wangen (nach dem Urteil der Schwager des S. M. Bernheim) einen Kontokorrentkredit von 25,000 Fr. bewilligen würde, worauf die Klägerin ihm ihre Bedingungen mitteilte. S. M. Bernheim ließ die drei genannten Personen als Bürgen und Selbstzahler den von der Klägerin ihm zugestellten gedruckten Bürgschein, lautend auf 25,000 Fr., unterzeichnen, und händigte denselben der Klägerin ein. Im Frühjahr 1892 stellte S. M. Bernheim bei der Klägerin das Gesuch um Erhöhung des Kredits auf 35,000 Fr., worauf die Klägerin am 18. Mai gleichen Jahres demselben schrieb: „Der Einfachheit und der richtigen Form wegen übermachen wir Ihnen hiemit ein neues Bürg-

schaftsformular für 35,000 Fr., das Sie durch die gleichen frühern Bürgen Marx Bernheim, S. H. Bernheim in Thiengen, sowie Simon Picard in Wangen unterzeichnen lassen wollen, wobei jede Unterschrift amtlich zu legalisieren ist. Gegen Rückgabe dieses Bürgscheins folgt der alte Schein, auf 25,000 Fr. ausgestellt, alsdann zurück. Am 27. Mai gl. J. übermachte S. M. Bernheim der Klägerin den betreffenden, von den drei Bürgen unterzeichneten Bürgschein wieder, welcher folgendermaßen lautet: „Die Endsunterzeichneten erklären sich hiemit als solidarische Bürgen und Selbstzahler für Kontokorrent- und andere Kredite, welche die Schweiz. Unionbank in St. Gallen der Firma S. M. Bernheim in Zürich gewährt hat oder gewähren wird, und zwar in dem Sinne, daß wenn die Schweiz. Unionbank bei genannter Firma zu Verlust kommen sollte, die Unterzeichneten sich verpflichten, bis zum Betrage von 35,000 Fr. nebst Zinsen und Kosten zu haften u. s. w." Dabei wählten die Bürgen den Gerichtsstand in St. Gallen. Dieser neue Bürgschein ist unterzeichnet von Simon Picard und Marx Bernheim als Bürgen, und von S. H. Bernheim „als Überbürgen für die zwei Hauptbürgen." Am 28. Mai erhielt S. M. Bernheim den frühern Bürgschein zurück. Im April 1893 suchte S. M. Bernheim um Bewilligung einer weitern Krediterhöhung nach, welche ihm im Betrage von 15,000 Fr. gewährt wurde, wogegen derselbe 2 Hypothekartitel im Nominalwert von zusammen 8410 Fr. 35 Cts. als Deckung gab, die ihm später in diesem Nominalwerte gutgeschrieben wurden. Bei den Akten findet sich hierüber nur ein Brief der Klägerin vom 20. April 1893 an S. M. Bernheim, worin lediglich gesagt ist: „Unter Bezugnahme auf unsere jüngste mündliche Besprechung teilen wir Ihnen mit, daß wir bereit sind, Ihnen einen Blankokredit von 15,000 Fr. auszusetzen." Am 15. April 1893 übermachte die Klägerin dem Beklagten auf dessen Verlangen eine „Kopie des fraglichen Bürgscheines," welche jedoch dem Original insoweit nicht entsprach, als unter dem Text des Bürgscheins einfach die Namen Simon Picard, Marx Bernheim und S. H. Bernheim aufgeführt wurden, ohne die amtlichen Beglaubigungen und ohne die über der Unterschrift des S. H. Bernheim im Original enthaltenen Worte: „als Über-

bürge für die 2 Hauptbürgen." Auf bezügliche Anfrage vom 28. April 1896 teilte die Klägerin dem Beklagten am folgenden Tage mit, daß der fragliche Bürgschein voll und ganz engagiert sei, und auf eine telephonische Anfrage vom 17. Juni 1896 an Direktor Brettauer schrieb die Klägerin dem Beklagten am gleichen Tage, sie teile ihm, nachdem sie von dem betreffenden Bürgschein Einsicht genommen habe, mit, daß er und Marx Bernheim Bürgen seien, und S. H. Bernheim als Überbürge hafte. Auf diese Eröffnung scheint der Beklagte nach den Akten keine Antwort gegeben zu haben. Am 28. Juni 1896 kündete die Klägerin dem S. M. Bernheim den Kredit, da derselbe absolut keinen Umsatz aufweise, und gab hievon am 26. August 1896 sowohl dem Marx Bernheim als dem Beklagten Kenntnis mit dem Bemerken, daß er als Bürge und Selbstzahler hafte für den Betrag von 35,000 Fr. nebst Zinsen und Kosten. Der Beklagte antwortete am 3. September, er und Marx Bernheim seien bereit, den betreffenden Teil mit je einem Drittel der genannten Summe zu leisten, dagegen fühlen sie sich nicht verpflichtet, den weitern Drittel, der auf den dritten Bürgen falle, zu bezahlen. Am 31. Oktober, resp. 5. November 1896, erhob darauf die Klägerin beim Bezirksgericht St. Gallen gegen Picard Klage, indem sie das Rechtsbegehren stellte, es sei gerichtlich zu erkennen, Beklagter habe in seiner Eigenschaft als Bürg- und Selbstzahler von S. M. Bernheim in Zürich, gemäß Bürgschein vom 25. Mai 1892 der Klägerin 40,242 Fr. sammt Verzugszins zu 5 % vom 1. November 1896 an zu bezahlen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge; in einem Anhang ist jedoch bemerkt, daß die Klägerin (vor zweiter Instanz) freiwillig die Forderung auf 35,680 Fr. 15 Cts. reduziere, zuzüglich des erwähnten Zinses. Der Beklagte anerkannte 18,779 Fr. 60 Cts. zu schulden, bestritt dagegen die Mehrforderung, indem er geltend machte: Der eingetretene Gesammtschaden von 40,202 Fr. verteile sich pro rata auf den verbürgten Kredit und auf den nicht verbürgten Kredit von 15,000 Fr. Sonach entfallen auf die verbürgten 35,000 Fr. nur 28,169 Fr. 40 Cts. Hievon gehen ab wegen Entlassung eines Drittbürgen $^1/_3$ mit 9389 Fr. 80 Cts., die zwei übrigen Drittel betragen 18,779 Fr. 60 Cts. Der Bürg-

schaftsschein vom August 1891 sei von drei solidarisch haftenden Bürgen unterzeichnet gewesen. Im Mai 1892 habe es sich nur um die Erhöhung der Bürgschaftsverpflichtung um 10,000 Fr. gehandelt, wodurch keine Novation eingetreten sei. Klägerin habe durch Annahme des neuen Bürgscheines, durch welchen der eine Bürge entlastet worden sei, ohne bezügliche Kenntnisgabe und Verständigung an die beiden andern Mitbürgen sich diesem gegenüber gemäß Art. 168 und 504 O.-R. verantwortlich gemacht, da ihnen hiedurch ein Regreß verunmöglicht worden, und sie jedenfalls zu einer Erhöhung des Kredites ihre Einwilligung verweigert hätten. Demnach sei die Klägerin für den Drittel des entlassenen Bürgen an sich selbst zu verweisen. Im schlimmsten Falle wäre dies hinsichtlich der 25,000 Fr. der Fall. In der Ausfolgung einer unrichtig auf drei gleichhaftende Bürgen lautenden Bürgscheinskopie liege unter allen Umständen ein Verschulden der Klägerin, durch welches der Beklagte verhindert worden sei, den damals noch solventen Schuldner zur Deckung zu veranlaßen, oder die Bürgschaft im beklagtischen Sinne zu regulieren oder zu künden. Seither sei der Hauptschuldner gezwungen worden, einen Nachlaßvorschlag von 30 % zu machen. Der daherige Schaden würde daher mindestens ein Drittel der klägerischen Ansprüche ausmachen. Die Klägerin führte dagegen aus: Maßgebend sei der Bürgschein vom 25./27. Mai 1892 und es sei durchaus gleichgültig, wie der frühere Bürgschein gelautet habe. Für das Nichtvorhandensein eines Regresses gegen S. H. Bernheim sei die Klägerin nicht verantwortlich, weil weder eine ausdrückliche Verabredung zwischen dem Beklagten und der Klägerin dahin bestehe, daß Beklagter nur bei der Mitverpflichtung des S. H. Bernheim haften wolle, noch diese Bedingung stillschweigend festgestellt sei. Ferner sei das frühere Schuldverhältnis noviert worden, indem durch jede Übertragung des Saldos auf neue Rechnung ohne weiteres eine Novation der alten Schuld eintrete. Immerhin sei die Bürgschaft selbst durch diese Novation nicht untergegangen, weil sie eine Kreditbürgschaft, und also für jede künftig in Kontokorrent entstehende Schuld eingegangen worden sei. Die Klägerin sei auch nicht für die irrtümliche Ausstellung der Abschrift des Bürgscheins

verantwortlich, denn dadurch sei an der Verbindlichkeit der Bürgschaftsverpflichtung nichts geändert worden. Eine proportionelle Schadensverteilung auf den gedeckten und ungedeckten Kredit sei bei der Einheitlichkeit des Kontokorrentgeschäftes und dem Wortlaut des Bürgscheins ausgeschlossen.

2. Die Kompetenz des Bundesgerichtes zur Beurteilung der vorliegenden Berufung ist gegeben. Beide Parteien haben sich auf Bestimmungen des eidg. O.-R. berufen und damit anerkannt, daß der Rechtsstreit nach eidgen. Rechte zu beurteilen sei. Allein auch abgesehen hievon käme in casu das eidgenössische Recht zur Anwendung. Daß bezüglich der Hauptobligation zwischen der Klägerin und dem Hauptschuldner kein anderes als das eidgenössische Recht maßgebend sein kann, ergibt sich daraus, daß nicht nur beide Parteien in der Schweiz wohnen, sondern auch der Vertrag in der Schweiz abgeschlossen und zu erfüllen ist. Dagegen haben allerdings die sämmtlichen Bürgen schon zur Zeit des Abschlusses des Bürgschaftsvertrages im Ausland gewohnt. Indem sie jedoch nach dem Bürgschaftsvertrage für alle Anstände aus dem Bürgschaftsverhältnis den Gerichtsstand von St. Gallen als ausschließlich verbindlich wählten, haben sie anerkannt, daß sie das Bürgschaftsverhältnis im ganzen Umfange dem schweizerischen Rechte unterstellen wollten.

3. In der Hauptsache frägt es sich zunächst, ob die an sich zahlenmäßig anerkannte Forderung der Klägerin in dem vor zweiter Instanz noch geltend gemachten Betrage von 35,680 Fr. 15 Cts. deshalb eine Reduktion erleiden müsse, weil darin auch Vorschüsse enthalten seien, welche dem S. M. Bernheim auf den Blankokredit hin gemacht worden seien. Dies ist jedoch aus folgenden Gründen zu verneinen. Vorerst ist es unrichtig, wenn der Beklagte bei seiner Ausscheidung die ursprünglich geforderte Summe von 40,262 Fr. zu Grunde legt; denn die Vorinstanz stellt fest, daß die beiden Hypothekartitel, welche dem Hauptschuldner in den klägerischen Buchauszügen gutgeschrieben worden sind, ausschließlich zur Deckung des Blankokredites gegeben worden seien, und es findet sich für eine gegenteilige Annahme in den Akten kein Anhaltspunkt. Ist dies aber richtig, so müssen die beiden Gutschriften von zusammen 8410 Fr. 35 Cts. an den,

dem Hauptschuldner auf den Blankokredit hin gemachten Vorschüssen angerechnet, und darf der nach Abzug derselben bleibende Rest nicht pro rata auf die Kredite von 15,000 Fr. und 35,000 Fr., sondern nur auf den von dem Blankokredit von 15,000 Fr. verbleibenden Rest von 6589 Fr. 65 Cts. einerseits und den verbürgten Kredit von 35,000 Fr. anderseits verteilt werden, was für den letztern Kredit per Ende Juni 1896 (die nachher erlaufenden Zinsen und Kosten außer Betracht gelassen) eine Summe von 33,565 Fr., statt, wie der Beklagte angenommen hat, von 28,169 Fr. 40 Cts. ergeben würde. Allein auch nur der Abzug von 1435 Fr. würde sich nicht rechtfertigen. Denn es besteht nach den Akten kein Zweifel, daß der Blankokredit von 15,000 Fr. zwischen den Parteien nur als ungedeckte Erhöhung des vom Beklagten verbürgten Kredites von 35,000 Fr. verstanden war, so daß derselbe nur insofern vom Kreditnehmer benutzt und vom Kreditgeber gewährt werden sollte, als der verbürgte Kredit erschöpft war. Dafür spricht einerseits der Umstand, daß es nicht verständlich ist, wie die Klägerin dazu gekommen sein sollte, neben dem gedeckten Kredit, so lange derselbe nicht erschöpft war, dem S. M. Bernheim ungedeckte Vorschüsse zu gewähren, und anderseits entscheidend die von der Vorinstanz festgestellte Thatsache, daß eine besondere Buchung des Blankokredites bei der Klägerin nicht stattgefunden hat, sondern für beide Kredite nur eine einzige, einheitliche, und daß der Hauptschuldner nach Erhalt der halbjährlichen Rechnungsabschlüsse niemals Einsprache erhoben hat. Demnach haftet aber der Beklagte gemäß dem Inhalt des Bürgscheins vom 25./27. Mai 1892 bis auf den Betrag von 35,000 Fr. nebst Zinsen und Kosten, und kann nur der überschießende Betrag der Forderung der Klägerin als auf dem Blankokredit gewährt betrachtet werden. Unerheblich ist dabei, wie hoch die Schuld des S. M. Bernheim bei den einzelnen Rechnungsabschlüssen gewesen sei. Denn die Klägerin war gemäß Art. 100 O.-R. berechtigt, alle Zahlungen vorerst auf den unversicherten Teil ihrer Forderung anzurechnen, und es haftete daher der Beklagte, da die Bürgschaft für alle Forderungen aus dem Kontokorrentverhältnis bis auf den Betrag von 35,000 Fr. nebst Zinsen und Kosten geleistet worden

ist, für den jeweiligen Saldo, soweit derselbe die verbürgte Summe nicht überstieg. Für die Verpflichtung der Bürgen gegenüber der Klägerin ist es vollständig gleichgültig, ob der verbürgte Kredit von den Parteien ohne bezügliche Verpflichtung seitens der Klägerin überschritten worden sei oder nicht.

4. Aus zutreffenden Gründen hat die Vorinstanz auch die Einrede des Beklagten verworfen, daß er nur für zwei Drittel der verbürgten Summe hafte, weil entgegen der frühern Bürgschaftsverpflichtung S. H. Bernheim nicht mehr als solidarer Mitbürge, sondern nur noch als Überbürge, d. h. als Nachbürge sich verpflichtet habe. Diese Einrede könnte nur gutgeheißen werden, wenn entweder der Beklagte vor Abschluß des neuen Bürgschaftsvertrages der Klägerin seinen Willen, daß er auch in Zukunft nur in gleicher Weise wie die beiden übrigen Bürgen haften wolle, deutlich zu erkennen gegeben, oder die Klägerin demselben zugesichert hätte, daß sie die Krediterhöhung nur gegen die Solidarbürgschaft aller drei bisherigen Bürgen bewilligen werde, oder endlich wenn der Beklagte vom Hauptschuldner oder von S. H. Bernheim getäuscht worden, und diese Täuschung der Klägerin bekannt gewesen wäre, oder doch hätte bekannt sein müssen. Keiner dieser Fälle liegt jedoch in casu vor. Direkte Unterhandlungen zwischen der Klägerin und den Bürgen sind nach der mit dem Inhalt der Akten übereinstimmenden Feststellung der Vorinstanz dem Abschluß des Bürgschaftsvertrages nicht vorausgegangen; vielmehr hat die Klägerin einfach dem Hauptschuldner das Bürgschaftsformular übermacht, und ihm die Einholung der Unterschriften der Bürgen anheimgestellt. Ebenso steht fest, daß der unterschriebene Bürgschein der Klägerin vom Hauptschuldner zugestellt worden ist, und dieser dafür den alten Bürgschein zurückerhalten hat. Die Vorinstanz stellt sogar fest, es sei weder bewiesen, noch auch nur behauptet worden, daß der Hauptschuldner den Bürgen den Brief der Klägerin vom 18. Mai 1892, mit welchem sie dem Hauptschuldner das neue Bürgschaftsformular übermachte, mitgeteilt habe, oder daß eine solche Mitteilung an die Bürgen direkt seitens der Klägerin erfolgt sei. Übrigens enthält jener Brief nicht die Erklärung der Klägerin, daß sie die Erhöhung des Kredites auf 35,000 Fr. nur unter der Bedingung bewillige,

daß alle drei genannten Personen sich als solidare Mitbürgen verpflichten und eine andere Vereinbarung der Bürgen mit dem Hauptschuldner nicht berücksichtigt, sondern ohne weiteres zurückgewiesen werde. Es ist also der Vorinstanz darin beizustimmen, daß eine Erklärung resp. Zusicherung der Klägerin gegenüber den Bürgen, speziell gegenüber dem Beklagten nicht vorlag, wonach sie (mit Ausschluß jeder anderweitigen Vereinbarung zwischen Schuldner und Bürgen, resp. der Bürgen unter sich) nur einen Bürgschein annehmen werde, welcher von allen 3 bisherigen Bürgen in gleicher Weise, wie der frühere, unterzeichnet sei, sondern daß der Klägerin nur gegenüber dem Hauptschuldner selbst das Recht zustand, eine solche Bürgschaft zu verlangen, von welchem Rechte sie Gebrauch machen konnte oder nicht. Eine solche Zusicherung kann insbesondere auch nicht in der Form des Bürgschaftsformulars, welches im Texte, ohne einer Nachbürgschaft zu erwähnen, lediglich von solidarisch haftenden Bürgen und Selbstzahlern spricht, und dem Umstande erblickt werden, daß die Bürgen sich früher für den Kredit von 25,000 Fr. sämmtlich als solidare Mitbürgen verpflichtet hatten. Eine solche Annahme ließe sich nur etwa dann rechtfertigen, wenn schon der Text des Bürgscheins die Personen der Bürgen bezeichnet, und sie sämmtlich als Solidarbürgen aufgeführt, oder wenigstens die Zahl der Solidarbürgen mit drei angegeben hätte, was jedoch nicht der Fall war. Der Form des Bürgscheins war offenbar Genüge geleistet, wenn auch nur zwei Personen sich als Solidarbürgen unterzeichneten. Allerdings ging die Klägerin, als sie dem Hauptschuldner den Bürgschein zur Besorgung der Unterschriften zusandte, unbestritten thatsächlich von der Annahme aus, daß die bisherigen drei Bürgen den neuen Bürgschein in gleicher Weise, wie den früheren, unterzeichnen werden; allein darin lag keine Zusicherung an die Bürgen in dem vom Beklagten geltend gemachten Sinne. Ganz unerheblich ist hiebei, ob das Schuldverhältnis zwischen Hauptschuldner und Gläubiger am 30. Juni 1892, wie die Vorinstanz annimmt, durch Vortragung des Saldos auf neue Rechnung noviert worden sei, oder nicht. Denn darüber besteht zwischen den Parteien kein Streit, und konnte auch angesichts des klaren Wortlautes der Bürgschaftsverpflichtung vom 25./27. Mai 1892 kein Zweifel

bestehen, daß dieselbe sich auch auf den früher von der Klägerin dem S. M. Bernheim gewährten Kredit von 25,000 Fr. beziehen, die frühere Bürgschaftsverpflichtung mit der Ausstellung und Behändigung des neuen Bürgschaftsscheines an die Klägerin dahinfallen, und der letztere für die Zukunft allein maßgebend sein solle. Darin ist allerdings in casu gemäß Art. 142 Ziff. 1 O.-R. eine Neuerung der Bürgschaft, welche natürlich auch ohne Novation der Hauptobligation möglich war, zu erblicken, indem unverkennbar der Wille sämmtlicher Beteiligter darauf gerichtet war, die alte Bürgschaft durch die neue zu ersetzen. Die frühere Bürgschaftsverpflichtung ist somit erloschen, und die Klägerin durchaus berechtigt gewesen, den frühern Bürgschein dem Hauptschuldner, welcher ihr denselben auch übergeben hatte, zurückzustellen.

5. Hat demnach die Klägerin durch Annahme der neuen Bürgschaftsverpflichtung nicht einer dem Beklagten gegebenen Zusicherung zuwider gehandelt, so kann der Beklagte die Verbindlichkeit jener Verpflichtung in dem von ihm beanspruchten Umfange nur dann ablehnen, wenn er durch Betrug des Hauptschuldners oder eines Mitbürgen zur Unterzeichnung des Bürgscheins verleitet worden ist, und die Klägerin den Betrug zur Zeit der Annahme des Bürgscheins gekannt hat, oder hätte kennen müssen, d. h. wenn die Nichtkenntnis nur ihrem eigenen Mangel an gehöriger Sorgfalt, also ihrer eigenen Fahrläßigkeit zuzuschreiben ist. Der Beweis einer stattgefundenen Täuschung liegt dem Beklagten ob. Nun stellt die Vorinstanz thatsächlich fest, daß ein Beweis dafür weder vorliege, noch anerboten worden sei, daß der Schuldner mit dem Beklagten hinsichtlich der Neueingehung der Bürgschaft eine Abrede getroffen habe, wonach die Mitbürgen und Solidarschuldner neben einander für den zu verbürgenden Betrag einzutreten hatten. An diese Feststellung ist das Bundesgericht, da dieselbe nicht als aktenwidrig bezeichnet werden kann, gebunden. Damit fällt aber ohne weiteres die Annahme eines gegen den Beklagten verübten Betruges dahin und ist daher auch nicht mehr zu untersuchen, ob die Klägerin einen solchen Betrug gekannt habe, oder hätte kennen müssen. Es ist in der That nach den Akten nicht wahrscheinlich, daß die Art und Weise, wie die

drei Bürgen den Bürgschein vom 25./27. Mai 1892 unterzeichnet haben, nicht auf einer Verständigung der Beteiligten beruhe. Gegen die Annahme, daß der Beklagte und der den Bürgschein als solidarischer Bürg- und Selbstzahler mitunterzeichnende Marx Bernheim vom Hauptschuldner oder von S. H. Bernheim getäuscht worden sei, spricht neben den nahen verwandtschaftlichen Beziehungen dieser Personen zu einander namentlich auch das Verhalten des Beklagten auf den Brief der Klägerin vom 17. Juni 1896, durch welchen ihm der wirkliche Inhalt des Bürgscheins mitgeteilt wurde. Denn auf diese Mitteilung hin hat der Beklagte gegenüber der Klägerin einfach stillgeschwiegen, und es ist auch weder behauptet noch bewiesen, daß er hierauf etwa gegenüber dem Hauptschuldner oder S. H. Bernheim irgend welche Schritte gethan habe, was doch kaum unterblieben wäre, wenn er nicht schon früher von dem wahren Sachverhalte Kenntnis gehabt hätte.

6. Mit der Verwerfung dieser Einrede fällt die Berufung des Beklagten auf Art. 168, 504 und 508 O.-R. dahin. Von Aufgabe einer Sicherheit des Gläubigers durch Entlassung eines Mitbürgen könnte natürlich nur bezüglich des Kredites von 25,000 Fr. gesprochen werden, da nur für diesen Kredit S. H. Bernheim sich als solidarer Mitbürge verpflichtet, für die spätere Erhöhung dagegen eine solche Verpflichtung niemals übernommen hat. Es kann jedoch auch von einer, die Klägerin zum Schadenersatz verpflichtenden Entlassung des S. H. Bernheim aus der Haftung für jene 25,000 Fr. keine Rede sein, weil sämmtliche Beteiligte damit einverstanden waren, daß mit der Ausstellung der neuen Bürgschaftsverpflichtung vom 25./27. Mai 1892 die frühere dahinfalle, und nicht dargethan ist, daß der neuen Bürgschaftsverpflichtung Mängel anhaften, welche die Klägerin an deren unbeschränkten Geltendmachung hindern könnten.

7. Ebenso ist endlich mit der Vorinstanz die Einrede des Beklagten abzuweisen, welche aus der Behändigung der unrichtigen Kopie des Bürgscheins vom 25./27. Mai 1892 entnommen wird. Daß hiebei der Klägerin kein Dolus zur Last fällt, hat die Vorinstanz festgestellt und der Beklagte selbst anerkannt; derselbe hat die Ausstellung der unrichtigen Abschrift nicht etwa mit der an

ihm von S. M. und S. H. Bernheim angeblich verübten Täuschung in Beziehung gebracht, sondern der Klägerin nur Fahrläßigkeit vorgeworfen. Es kommt demnach die Ausstellung der unrichtigen Kopie rechtlich nur insofern in Betracht, als dadurch dem Beklagten ein Schaden entstanden ist, welchen er der Forderung der Klägerin gegenüber zur Kompensation verstellen könnte. Nun steht aber der Annahme, daß der Beklagte einen solchen Schaden erlitten habe, schon die bereits hervorgehobene Thatsache entgegen, daß weder bewiesen, noch zum Beweise verstellt worden ist, daß der Beklagte bei Ausstellung des Bürgscheins vom 25./27. Mai 1892 getäuscht worden sei, bezw. daß der Hauptschuldner mit dem Beklagten die Abrede getroffen habe, daß auch S. H. Bernheim als solidarer Mitbürge und nicht bloß als Überbürge unterzeichne, während bis zum Beweise des Gegenteils angenommen werden muß, der Inhalt des Bürgscheins entspreche der zwischen den Beteiligten getroffenen Abrede. Im übrigen ist der Vorinstanz beizutreten, wenn dieselbe angenommen hat, daß der Beweis für die Existenz des behaupteten Schadens dem Beklagten obläge, und daß er denselben nicht geleistet habe. Wie die Vorinstanz mit Recht annimmt, gehört die Ausstellung von Abschriften von Bürgschaftsverpflichtungen nicht zu den vertraglichen Pflichten des Gläubigers. Es kann von demselben jedenfalls nicht mehr verlangt werden, als daß er den Bürgschein den Bürgen zur Einsicht stelle, und es denselben anheimgebe, selbst oder durch Dritte davon Abschriften zu machen. Wenn daher die Klägerin eine unrichtige Kopie ausgestellt hat, so verletzte sie damit keine aus dem Bürgschaftsvertrag für sie resultierende Pflicht. Allein auch abgesehen davon läge es dem Beklagten ob, den Eintritt des Schadens und den Kausalzusammenhang nachzuweisen. Denn nach Art. 110 O.-R. hat bei Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung vertraglicher Verbindlichkeiten der Vertragsbrüchige nur zu beweisen, daß die nicht gehörige Erfüllung nicht auf seinem Verschulden beruhe, während die Beweislast für den Schaden, wie bei Schadenersatzforderungen aus unerlaubten Handlungen, den die Entschädigung fordernden Kläger trifft. Dieser Beweis könnte nun nicht einfach damit geleistet werden, daß der Beklagte die Möglichkeit, den Hauptschuldner für das Mehrbetreffnis

von $^1/_6$ der verbürgten Summe auf Sicherstellung zu belangen, behauptete, sondern es müßte nach den Umständen angenommen werden können, daß er einerseits von diesem Rechte Gebrauch gemacht hätte, und anderseits, daß dies von Erfolg gewesen wäre. Weder die eine noch die andere Annahme ist jedoch in casu gerechtfertigt. Gegen die erste Annahme spricht, daß der Beklagte die Bürgschaft, soweit aus den Akten ersichtlich, für die ganze Summe, bezw. $^1/_3$ derselben, ohne Sicherstellung seitens des Hauptschuldners eingegangen, und nach dem 17. Juni 1896, als ihm die Klägerin die Art der Bürgschaftsverpflichtung des S. H. Bernheim kundgab, keine Schritte gegen den Hauptschuldner gethan, sondern nach allen Seiten stillgeschwiegen hat, und was den Erfolg eines allfälligen Sicherstellungsbegehrens betrifft, so hat die Vorinstanz in nicht aktenwidriger Weise festgestellt, daß die Akten über die Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners in den Jahren 1893 und 1896 keinen Aufschluß geben und der Beklagte den Beweis dafür, daß seit 1893 eine Verschlechterung derselben eingetreten sei, weder geleistet noch anerboten habe.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Berufung wird als unbegründet erklärt, und daher das Urteil des Kantonsgerichtes des Kantons St. Gallen in allen Teilen bestätigt.

---

108. Urteil vom 15. Mai 1897 in Sachen Konkursmasse Engelberger gegen Waser und Konsorten.

A. Anfangs des Jahres 1895 geriet Joseph Engelberger in Stansstad in Konkurs; unter seinen Aktiven befanden sich ein Wohnhaus mit Anbau und Garten (Kat. Nr. 81), ein Grundstück benannt Riedmatt, und $^{56}/_{100}$ Anteil an der Scheune im untern Frankenbach. Am 4. Juni 1895, bevor die Steigerung stattgefunden hatte, machte Fürsprech Lussi in Stans, namens des Dr. Cubasch in Stansstad, eine Eingabe an das Konkursamt von Nidwalden, worin er ausführte: Dr. Cubasch habe am

15. März 1885 von den Gebrüdern (Karl, Albert und Eduard) Engelberger, Burg, ein an Joseph Engelbergers Haus angrenzendes Grundstück gekauft. Im Kaufakt sei bemerkt, das Kaufobjekt sei mit Ausnahme der übereingreifenden Hypotheken pfandfrei. Nun sollen aber dem Vernehmen nach auf diesem Grundstücke gleichwohl spezielle Hypotheken lasten, welche bisher von Joseph Engelberger verzinset worden seien. Für diesen Fall verlange Dr. Cubasch die Belastung der Liegenschaft Engelbergers mit den benannten Hypotheken, und daheriger Zinspflicht; ferner verlange er, sofern er irgendwie für Zins und Hauptgut dieser Hypotheken belangt, oder durch dieselben persönlich oder als Inhaber seines Grundstücks betroffen oder geschädigt würde, die Vergütung des bezüglichen Betrages durch den in Konkurs geratenen Joseph Engelberger, unter Wahrung seines Regreßrechtes auf die Verkäufer, und indem er sich das Konkursprotokoll für alle sachbezüglichen Ansprüche nach jeder Richtung offen behalte. In Ergänzung dieser Eingabe richtete Dr. Cubasch am 5. Juni 1895 eine weitere Zuschrift an das Konkursamt von Nidwalden, worin er erklärte, er betrachte es als selbstverständlich, daß der Konkursit für den vollen Betrag von Hauptgut und ausstehenden Zinsen der ab seiner Liegenschaft auf das Grundstück Dr. Cubasch's allfällig übereingreifenden Hypotheken aufzukommen habe, welche er bisher zu verzinsen gehabt habe, und für die Dr. Cubasch nunmehr irgendwie belangt, betroffen oder beschädigt werden könnte. Eine gleiche Eingabe machte Advokat Lussi am 5. Juni für Metzger Flühler in Stansstad. Auf den 2. November 1896 wurde die zweite Liegenschaftengant angeordnet, und in Ziff. 4 der Steigerungsbedingungen bestimmt: „Insoweit der Steigerungserlös für den Scheunenanteil die auf demselben zum Verzinsen abgeteilten und auf den benachbarten Grundbesitz übereingehenden Hypotheken und der ausstehenden grundversicherten Zinsen nicht zu decken vermag, haben die betreffenden Gültinhaber das Steigerungsobjekt am Hypothekarprotokoll zu entlasten, und in der Folge den Zins hievon an denjenigen Grundeigentümern zu fordern, auf welche ihre Kapitalien übereingreifen.“ Der Einzelruf ergab für das Haus und Garten 11,720 Fr., für die Riedmatte 7660 Fr., für den Anteil Scheune 2000 Fr., zusammen 21,380 Fr.

Der Gesamtruf über die drei Grundstücke dagegen ergab 24,520 Fr., somit einen Mehrerlös von 3140 Fr., resp. 14,69 % Erhöhung gegenüber den Einzelangeboten, auf den Scheunenanteil also 2293 Fr. 70 Cts. Diesen Betrag schied das Konkursamt laut Gantprotokoll und Schlußrechnung den auf dem 56/100 Anteil Scheune lastenden Gülten im Betrage von 4542 Fr. 74 Cts. Kapital zu, d. h. die 2293 Fr. 74 Cts. Gantpreis blieben als Gültenschuld weiter auf der Liegenschaft liegen und der Rest von 2249 Fr. wurde auf der verkauften Liegenschaft gestrichen und nur noch auf den übrigen mitverhafteten Liegenschaften gültig erklärt. Demgemäß wurden die Eigentümer der Gültbriefe durch Publikation im Amtsblatt aufgefordert, die Abschreibung des Scheunenteils aus ihren Gülten vornehmen zu lassen.

B. Hierauf erhob Advokat Lussi namens seiner Kommittenten, unter welchen nun neben den früher genannten Dr. Cubasch und Flühler auch Albert Waser und Maler Odermatt erscheinen, beim Konkursgericht von Nidwalden das Rechtsbegehren: Es sei das Konkursamt von Nidwalden namens der Konkursmasse des Joseph Engelberger, gew. Negociant in Stansstad, pflichtig, anzuerkennen, daß vorab aus dem Steigerungserlös der Liegenschaften des Konkursiten, Haus, Garten und Gelände, Riedmattli und Scheune, die auf denselben haftenden Hypotheken zu decken seien. Eventuell seien die Kläger als Inhaber mitverpfändeter Grundstücke für den auf sie entfallenden und von ihnen fortan zu verzinsenden Betrag derselben von der Konkursmasse entsprechend zu entschädigen, unter Kostenfolge. Ein Protokoll über die Verhandlungen vor dem Konkursgericht liegt nicht vor.

C. Durch Urteil vom 30. Dezember 1896 hat das Konkursgericht von Nidwalden erkannt: „1. Das Hauptbegehren der Impetranten sei zu Recht gesprochen. 2. Die Konkursverwaltung habe den Klägern das Gerichtsgeld mit 13 Fr. zurückzubeguten, und denselben ferner an die Kosten 60 Fr. beizutragen.“ Die Erwägungen dieses Urteils gehen dahin: „1. Die Kläger seien Inhaber von Grundstücken, die mit der zinspflichtigen Liegenschaft mitverpfändet seien; sie werden von dem anzuwendenden Konkursrecht direkt betroffen, und seien daher nach Art. 148 u. a. des Sch. u. K.-Gesetzes klageberechtigt. 2. Dem Konkursiten Engel-

berger sei die Zinspflicht der auf seinem Anteil Scheune abgeteilten Kapitalien obgelegen. Diese Gülten, von denen die letzte anno 1748 bekannt sei, lasten nun nicht einzig auf des Schuldners Anteil Scheune, sondern auch auf dessen Haus und Garten und der Besitzung der Kläger. Die Zinspflicht jedoch habe der Gemeinschuldner, resp. dessen Rechtsvorgänger, übernommen und bisher erfüllt. 3. Der Steigerungserlös habe vorab zur Entlastung der mitverpfändeten Grundstücke zu dienen; eine andere Zweckbestimmung würde eine nach Art. 70 O.-R. ungerechtfertigte Bereicherung mit sich bringen, die gesetzlich unzulässig sei."

D. Dieses Urteil wurde vom Kantonsgericht des Kantons Nidwalden, laut einer auf der Urteilsausfertigung vorhandenen Bescheinigung der Gerichtskanzlei Nidwalden, unterm 16. Januar 1897 „vollinhaltlich bestätet". Eine besondere Ausfertigung des kantonsgerichtlichen Urteils liegt nicht vor.

E. Mit Eingabe an das Kantonsgericht Nidwalden vom 13. Februar 1897 hat Advokat Dr. Bucher in Luzern namens der Konkursmasse des Joseph Engelberger gegen das kantonsgerichtliche Urteil die Berufung an das Bundesgericht erklärt und dabei folgende Anträge gestellt:

1. Das angefochtene Urteil sei aufzuheben.

2. Ebenso das Urteil des Konkursgerichts von Nidwalden vom 30. Dezember 1896.

3. Die Kläger, bezw. Impetranten, seien mit ihren Begehren gänzlich abzuweisen.

Advokat Lussi bestreitet namens der Kläger in seiner Antwortschrift zunächst die Kompetenz des Bundesgerichts, in dieser Sache als Berufungsinstanz zu urteilen, und beantragt sodann gänzliche Abweisung der Berufung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der von den Klägern gegen die Konkursmasse des Joseph Engelberger geltend gemachte Anspruch ist unzweifelhaft ein civilrechtlicher; dieser Anspruch ist von dem kantonalen Gerichte unter Anwendung des Bundesgesetzes über das Obligationenrecht entschieden worden. Gemäß Art. 56 O.-G. ist demnach die Berufung an das Bundesgericht zulässig, sofern das Urteil des Kantonsgerichts sich als ein in der letzten kantonalen Instanz erlassenes

Haupturteil darstellt, und der gesetzliche Streitwert von mindestens 2000 Fr. vorhanden ist. Diese beiden Voraussetzungen sind von den Berufungsbeklagten nicht bestritten worden und sind in der That gegeben. Das angefochtene Urteil ist von der letzten kantonalen Instanz erlassen worden, und entscheidet den eingeklagten materiellen Rechtsanspruch definitiv, ist also ein in der letzten kantonalen Instanz erlassenes Haupturteil. Was den Streitwert anbelangt, so bestimmt sich derselbe nach dem in Folge des Konkurses über Joseph Engelberger auf die Kläger entfallenden und von ihnen fortan zu verzinsenden Betrag der auf ihre Grundstücke übergreifenden, bisher von Joseph Engelberger allein verzinsten Hypotheken und dieser Betrag beläuft sich laut der Schlußrechnung des Konkursamtes auf 2249 Fr.

2. Da das Verfahren vor den kantonalen Gerichten mündlich war, und über die Parteiverhandlungen ein Sitzungsprotokoll nicht vorliegt, die Parteien auch von der ihnen in Art. 63, Ziff. 2, Abs. 2 O.-G. eingeräumten Befugnis, eine Zusammenstellung ihrer mündlichen Vorträge zu den Akten zu legen, keinen Gebrauch gemacht haben, so kann, was die Festlegung des Streitverhältnisses in thatsächlicher und rechtlicher Beziehung anbetrifft, einzig auf den Inhalt des konkursgerichtlichen Urteils, welches vom Kantonsgericht ohne weitere Beifügung bestätigt worden ist, abgestellt werden. Was das konkursgerichtliche Urteil in dieser Beziehung bietet, ist nun allerdings sehr unvollständig. Insbesondere mangelt es an einer bestimmten Angabe über die Natur der Klage; es fehlt namentlich jede Erklärung darüber, ob die Kläger mit ihren Rechtsbegehren einen Kollokationsstreit im Sinne des Art. 250 Sch. u. K.-Ges. beabsichtigen, ob sie also als Konkursgläubiger auftreten, oder ob sie nicht vielmehr die Masse selbst als ihre Schuldnerin betrachten, und eine Leistung von dieser direkt verlangen. Je nachdem die Klage im einen oder im andern Sinne aufzufassen ist, sind ihre materiellen und prozessualen Voraussetzungen verschieden; die Beurteilung der Klage erfordert daher in erster Linie die Feststellung darüber, ob es sich um einen Kollokationsstreit, oder um die Geltendmachung einer der Masse obliegenden Verpflichtung handle. Im erstern Falle wäre es Sache der Kläger gewesen, bei dem Konkursgerichte gemäß den Bestim-

mungen des Art. 250 den Kollokationsplan selbst anzufechten und eine Änderung desselben in der Weise zu verlangen, daß sie in denselben als Gläubiger des Konkursiten eingetragen und eventuell ihre Forderungen in bevorzugter Stellung kollozierт würden. (Entscheid. des Bundesgerichts XXII, S. 295.) Je nach dem Entscheide des Gerichts hätte sich dann allerdings auch ein Recht der Kläger auf Vorwegnahme eines bestimmten Teiles des Erlöses aus dem Vermögen des Konkursiten ergeben, aber die definitive Berechnung und Zuteilung der betreffenden Summe wäre erst nachträglich durch das Konkursamt bei Erstellung der Verteilungsliste vorgenommen worden. Nirgends geht nun aus den Akten hervor, daß Kläger gemäß Art. 244 bis 251 ein Begehren auf Änderung des Kollokationsplanes in's Recht gesetzt hätten und nirgends ist insbesondere erwähnt, daß Kläger Forderungen auf den Konkursiten besitzen, die im Sinne von Art. 219 des Betreibungsgesetzes ein Recht auf vorgehende Befriedigung aus der Konkursmasse beanspruchen könnten. Vielmehr läßt der Wortlaut der beiden dem Konkursgericht unterbreiteten Rechtsbegehren darauf schließen, daß es sich bei der Klage um Geltendmachung eines direkten Anspruches gegen die Konkursmasse gehandelt habe. Es ist dies insbesondere bei dem eventuellen Begehren der Fall. Die in demselben gestellte Entschädigungsforderung wird nicht etwa in der Meinung geltend gemacht, daß dieselbe in den Kollokationsplan aufgenommen und bei der Verteilung des Masseerlöses anteilsmäßig berücksichtigt werde, sondern die Kläger verlangen die Entschädigung von der Masse selbst, als ihrer angeblichen Schuldnerin und zwar in vollem Betrage, ohne Rücksicht auf die im Konkurse sich ergebende Konkursdividende. Was das Hauptbegehren anbetrifft, so wäre es angesichts des Wortlautes desselben an und für sich zwar möglich, es als ein Begehren um Abänderung des Kollokationsplanes zu behandeln, insofern als dasselbe dahin aufgefaßt werden kann, es seien die klägerischen Forderungen als Hypothekarforderungen, die auf den Liegenschaften des Konkursiten lasten, und die daher gemäß Art. 219 vorab aus dem Erlöse der Pfänder zu decken sind, zu kollozieren. Soweit jedoch aus den Akten ersichtlich ist, haben die Kläger nie behauptet, Hypothekargläubiger des Konkursiten zu sein. Entscheidend fällt in dieser

Hinsicht schließlich in Betracht, daß das Konkursgericht selbst, das aus den Parteiverhandlungen sich am besten hätte orientieren können, den Prozeß offenbar nicht als einen Kollokationsstreit aufgefaßt hat. Sonst hätte dasselbe nach der Aktenlage sich veranlaßt gesehen zu untersuchen, ob nicht bereits ein unanfechtbarer Kollokationsplan vorliege und ob eventuell die Forderungen der Kläger als pfandversicherte oder privilegierte im Sinne von Art. 219 eine bevorzugte Stellung beanspruchen könnten. Diese Fragen hat das Gericht mit keinem Worte berührt, sondern sich gegenteils auf den Standpunkt gestellt, daß ein Anspruch der Kläger gegen die Masse direkt vorliege. Einen Anspruch an die Masse haben nun aber die Kläger in keiner Weise nachgewiesen, und läßt sich ein solcher insbesondere auch nicht aus dem Gesichtspunkte der ungerechtfertigten Bereicherung begründen. Ein Anspruch an die Masse würde voraussetzen, daß die Kläger, abgesehen von dem zwischen ihnen und dem Konkursiten bestehenden Rechtsverhältnis, in ein solches zu der Masse selbst getreten wären, aus welcher dieser ihnen gegenüber eine civilrechtliche Verpflichtung erwachsen konnte. Hievon aber ist keine Rede. Wenn beim Konkurse Engelberger Vermögensrechte der Kläger mitbetroffen werden, so geschieht dies lediglich auf Grund des zwischen dem Konkursiten und ihnen bestehenden Rechtsverhältnisse; an diesen haben sie sich daher zur Wahrung ihrer Rechte zu halten. Und es soll nun gerade das Konkursverfahren dazu dienen, die vermögensrechtlichen Ansprüche gegenüber dem Konkursiten zu wahren, und den Gläubiger zn einer anteilmäßigen Befriedigung gelangen zu lassen. Zu diesem Zwecke wird dem Gläubiger und allen denjenigen, welche Ansprüche auf die im Besitze des Schuldners befindlichen Vermögensstücke haben, unter den gesetzlichen Präklusivfolgen, Gelegenheit gegeben, ihre Rechte anzumelden. Unterläßt ein Berechtigter die Anmeldung oder Wahrung seines Anspruches, und tritt infolgedessen eine Präklusion ein, so kann der Anspruch nicht auf andere Weise geltend gemacht werden und es kann auch selbstverständlich in Bezug auf den verwirkten Anspruch nicht von einer Bereicherung der Masse ohne rechtlichen Grund und demnach auch nicht von einer Anwendung der Grundsätze über Bereicherung die Rede sein.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird als begründet erklärt und daher das Urteil des Kantonsgerichts von Nidwalden vom 16. Januar 1897 aufgehoben und die gestellte Klage abgewiesen.

---

109. Urteil vom 15. Mai 1897 in Sachen Herdy gegen Matter.

A. Mit Urteil vom 15. März 1897 hat das Handelsgericht des Kantons Aargau erkannt: Die Klägerin wird mit ihrer Klage abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil ergriff die Klägerin rechtzeitig die Berufung an das Bundesgericht mit dem Antrage:

Das Bundesgericht wolle in Aufhebung des handelsgerichtlichen Erkenntnisses der Klägerin das Klagebehren zusprechen, eventuell: Das Bundesgericht wolle, in grundsätzlicher Gutheißung der Klage, entweder selbst oder durch das aargauische Handelsgericht für die Bestimmung der Größe des Schadens die in der Klage beantragten Beweise durchführen lassen.

C. In seiner Vernehmlassung auf die Berufungsschrift stellte der Beklagte den Antrag auf Abweisung der Berufung; eventuell ersuchte er darum, das Bundesgericht wolle die Einvernahme der vor dem Instruktionsrichter abgehörten Zeugen vor der Gesamtheit des Handelsgerichts anordnen, ebenso die Einvernahme der Zeugen Jakob Laufer und Jakob Herdy-Eichy.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. In seiner Berufungs-Beantwortungsschrift bestreitet der Beklagte die Kompetenz des Bundesgerichts zur Behandlung der vorliegenden Streitsache, freilich ohne einen bestimmten diesbezüglichen Antrag zu stellen, mit der Begründung, das Handelsgericht stütze sein Urteil nicht auf Bundesrecht, sondern auf Handelsgewohnheitsrecht. Diese letztere Behauptung ist zunächst thatsächlich durchaus unrichtig, indem im ganzen angefochtenen Urteil kein Wort von Handelsgewohnheitsrecht steht, sondern das Handels-

gericht einfach auf eine „allgemeine Übung" verweist, wonach Bestellungen im Umfang der vorliegenden schriftlich bekräftigt zu werden pflegen. Indessen geht die ganze weitläufige Ausführung des Vertreters des Beklagten über Handelsgewohnheitsrecht auch juristisch völlig fehl. Wie das Bundesgericht schon früher entschieden hat (s. Amtl. Samml., Bd. XIV, S. 475), kann neben dem Obligationenrecht, das gemeines bürgerliches Recht für Kaufleute wie für Nichtkaufleute bildet, ein Handelsgewohnheitsrecht oder überhaupt ein Gewohnheitsrecht mit derogatorischer Wirkung auf das geschriebene Recht nicht bestehen; andernfalls würde der Zweck des Obligationenrechts, Rechtseinheit in den von ihm geregelten Materien zu schaffen, gänzlich vereitelt; Handelsgewohnheiten und -gebräuche können nur bei Auslegung des Parteiwillens Berücksichtigung finden. Davon, daß das Bundesgericht inkompetent sei, kann also keine Rede sein, da die übrigen Voraussetzungen seiner Kompetenz unzweifelhaft gegeben sind.

2. In der Sache selbst ist durch die Vorinstanz festgestellt: Der Prokurist der Klägerin, A. Herdy, und der Beklagte trafen sich am 25. Juli 1896 abends — die Zeit ist nicht genau ersichtlich — zufällig im Gasthaus zum „Raben" in Zofingen. Im Laufe der Unterhandlung kamen sie auf den Weinhandel, besonders auf den billigen Weinverkauf des Beklagten zu sprechen. Letzterer erklärte u. a., es sei ihm, als Vertreter eines spanischen Hauses, möglich, spanischen Weißwein, Panadès, Naturwein, direkt, fracht- und zollfrei ab Spanien, zu liefern zu 24 Fr. per hl.; Herdy erwiderte hierauf, er bezahle dem Beklagten für Panadès mit 10 % Stärke, garantiert Naturwein, grün von Farbe und rein im Geschmack, franko und eidgenössisch verzollt, lieferbar Bahnhof Zofingen mit Lieferfrist bis 13. August 1896, 25 Fr. per hl. Auf Befragen Matters erklärte Herdy, er nehme 10 Waggons à 90 hl. zu den genannten Bedingungen. Über den weitern Verlauf geben die Akten keinen genauen Aufschluß. Die Klägerin behauptet, die Parteien haben sich nach der erwähnten Zusicherung die Hand gereicht; der Beklagte habe die Bestellung in sein Notizbuch eingetragen und die am gleichen Tische sitzenden Gäste aufgefordert, an den Abschluß des Kaufes zu denken. Der Beklagte dagegen stellt die Sache so dar: Nach der von ihm gegebenen

Zusicherung habe er die Bestellung in sein Notizbuch eingetragen und hierauf die Unterschrift des Herdy verlangt; dieser habe sich geweigert zu unterzeichnen, worauf der Beklagte erklärt habe, dann sei mit dem Kaufe nichts. Die Klägerin behauptet überdies, es sei Baarzahlung vereinbart worden. Der Beklagte bestreitet dies. Da der Beklagte gestützt darauf, ein gültiger Verkauf sei nicht zu stande gekommen, nicht lieferte, belangte ihn die Klägerin im November 1896 auf Bezahlung von 2700 Fr. nebst Zins zu 5 % seit dem 31. August 1896, als Quantitativ des ihr durch die Nichterfüllung des Kaufvertrages erwachsenen Schadens. Der Beklagte bestritt jegliche Schadenersatzpflicht, indem er auch im Prozesse in erster Linie den Standpunkt einnahm, ein gültiger Kauf sei nicht zu stande gekommen, da dem Vertreter der Klägerin der Vertragswille gemangelt habe.

3. Da A. Herdy der Prokurist der klägerischen Firma ist, kann darüber, daß er in deren Namen zum Vertragsabschlusse auch ohne besondern Auftrag berechtigt war, kein Zweifel bestehen. Aus dem Stellvertretungsverhältnis folgt aber weiterhin, daß der Vertragswille auf Seite des Stellvertreters vorhanden sein mußte, damit ein gültiger Vertrag zu Stande kam. Es ist also zu untersuchen, ob A. Herdy den Willen zum Abschluß eines Kaufvertrages mit dem Beklagten hatte.

4. Dabei könnte sich zunächst fragen, ob das Vorhandensein des Vertragswillens auf Seite Herdys schon deshalb verneint werden müsse, weil er bei Abschluß des Vertrages die Schriftlichkeit nicht beobachten wollte. Denn wenn auch an sich die Willenserklärung formlos abgegeben werden kann (Art. 9 O.-R.), so muß doch dann, wenn die eine Partei zu erkennen gegeben hat, nur unter Beobachtung seiner bestimmten Form — z. B. der Schriftlichkeit — kontrahieren zu wollen, angenommen werden, daß die Partei vor Erfüllung dieser Form nicht verpflichtet sein wollte (Art. 14 O.-R.), und ist daher ein gültiger Vertrag nicht zu stande gekommen, wenn die Gegenpartei auf die Erfüllung dieser Form nicht eingeht. Nun muß aber jene Bedingung der Gültigkeit des Vertragsabschlusses von der Partei, die sie stellt, gestellt sein vor Abschluß des Vertrages, und zwar genügt alsdann auch eine stillschweigende Vereinbarung der Parteien. In dieser Hinsicht

beruft sich der Beklagte auf eine allgemeine Handelssitte, wonach Bestellungen in dem streitigen Umfange erst durch die Schriftlichkeit perfekt werden. Allein eine solche Handelssitte ist weder durch das angefochtene Urteil festgestellt, noch dem Bundesgerichte sonstwie nachgewiesen. Allerdings ist richtig, daß in der Regel bei Käufen in größern Beträgen die Schrift eine Rolle spielt, aber nicht als Erfordernis der Gültigkeit des Vertrages, als Form, sondern lediglich als Bestätigungsmittel, zum Beweise des Abschlusses eines Vertrages. Von einer stillschweigenden, auf Handelssitte beruhenden Vereinbarung der Parteien, ohne Erfüllung der schriftlichen Form nicht verpflichtet sein zu wollen, kann also nicht die Rede sein. Ebensowenig aber ergeben die Akten genügende Anhaltspunkte dafür, daß der Beklagte seinen Willen, vor Unterzeichnung der Bestellung durch A. Herdy nicht gebunden sein zu wollen, vor Abschluß des — nach Gesetz formlosen — Vertrages zu erkennen gegeben hat, wie er weiterhin behauptet. Eine nochmalige Zeugeneinvernahme (die gemäß Art. 82, Abs. 2 Org.-Ges. vor den kantonalen Gerichten erfolgen müßte) zur Aufhellung in diesem Punkte erscheint angesichts der eingehenden Art und Weise, wie die Zeugen befragt worden sind, als überflüssig; übrigens sind alle von den Parteien angerufenen Zeugen abgehört und sind ihre Aussagen im angefochtenen Urteil gewürdigt worden, so daß von einer nochmaligen Abhörung schon aus diesem Grunde Umgang genommen werden muß.

5. Danach ist weiterhin zu untersuchen, ob aus andern, innern Gründen das Vorhandensein des Vertragswillens verneint werden muß. Darüber, daß die Requisite des Kaufvertrages vorhanden sind, kann ein ernstlicher Zweifel nicht bestehen; keine Partei behauptet, es sei eine Willenseinigung nicht zu Stande gekommen, sondern die Parteien weichen nur darin ab, in welchem Sinne die Einigung zu stande gekommen sei; der Streit darüber, ob Barzahlung vereinbart worden sei oder nicht, ist deshalb ohne Bedeutung, weil die Zahlungsweise nicht zu den essentialia des Kaufvertrages gehört und von keiner Partei behauptet wird, sie sei in concreto zu einem wesentlichen Vertragsmerkmal gemacht worden. Aus dem Geschäfte selbst kann also der Mangel des Vertragswillens nicht hergeleitet werden. Dagegen macht der Beklagte geltend, es seien

äußere Thatumstände vorhanden, die darauf schließen lassen, der Wille zum Abschlusse eines Vertrages habe dem A. Herdy gemangelt. Dieser Einwand ist zu hören, weil der erklärte Wille dem wirklichen Willen entsprechen muß. Ist sonach zu prüfen, ob äußere Thatsachen erwiesen sind, die auf den Mangel des Vertragswillens bei Herdy schließen lassen, — eine Prüfung, die vom Bundesgerichte selbständig, auf Grund der von der kantonalen Instanz festgestellten Thatsachen vorzunehmen ist, — so ergiebt sich: die Vorinstanz leitet den Mangel des Vertragswillens auf Seite Herdys schon aus seiner Weigerung, die Bestellung im Notizbuche des Beklagten zu unterzeichnen, her. Nun kann im allgemeinen nicht gesagt werden, daß die Weigerung der Unterschrift immer das Nichtvorhandensein des Vertragswillens beweise, da ja die meisten Geschäfte zu ihrer Gültigkeit keiner Form bedürfen, die Schrift vielmehr in der Regel nur als Beurkundungsmittel verwendet zu werden pflegt. Wohl aber bildet die Verweigerung der Unterschrift dann ein wichtiges Indiz für die Annahme, ein Vertragswille sei auf Seite des sich Weigernden nicht vorhanden gewesen, wenn andere Momente vorliegen, die zu demselben Schluß führen müssen. Solche Momente sind nun in concreto vorhanden. Zunächst sind die Parteien unbestrittenermaßen zufällig zusammengekommen. Die Unterhandlung zwischen A. Herdy und dem Beklagten begann mit Sticheleien des erstern gegen den letztern wegen seiner billigen Weinpreise, wodurch letzterer zu seiner Offerte veranlaßt wurde. Sodann ist höchst charakteristisch, daß A. Herdy dem Beklagten 1 Fr. mehr per hl. anbot als letzterer verlangt hatte. Ferner ist die offenbar etwas späte Stunde, in der die Unterhandlung stattfand, zu berücksichtigen. Aus den Aussagen der Zeugen endlich geht hervor, daß der Beklagte schon bei der Bestellung gewichtige Zweifel an der Ernstlichkeit der Erklärungen Herdys hegte, da er sie sofort als Zeugen anrief und die Bestellung in das Notizbuch eintrug; ferner ist erwiesen, daß Herdy die Unterschrift verweigerte, ohne das vom Beklagten verfaßte Schriftstück auch nur zu lesen. Unter diesen Umständen läßt die Verweigerung der Unterschrift durch Herdy weit eher darauf schließen, daß ihm der Vertragswille von Anfang an fehlte. Das Benehmen des A. Herdy war ein derart unge-

schäftsmäßiges, der Verkehrssitte widersprechendes, daß in der Annahme der Vorinstanz, auf seiner Seite habe ein Vertragswille nicht bestanden, kein Rechtsirrtum liegt.

Da ein gültiger Vertrag zwischen den Parteien nach dem Angeführten nicht zu stande gekommen ist, muß die Klage und demnach auch die Berufung abgewiesen werden.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Berufung der Klägerin wird als unbegründet abgewiesen und demgemäß das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 15. März 1897 in allen Teilen bestätigt.

---

110. Urteil vom 21. Mai 1897 in Sachen Märki & Haller gegen Märki, Haller & Cie. in Liquidation.

A. Mit Urteil vom 4. März 1897 hat das Handelsgericht des Kantons Aargau erkannt:

1. Die Beklagten sind schuldig, den Klägern 3626 Fr. 80 Cts. samt Zins zu 5 % seit der Klageeinreichung, d. h. vom 18. Juli 1896 hinweg, zu bezahlen.

Mit der weitergehenden Forderung werden die Kläger abgewiesen.

2. Auf die Forderung der Beklagten aus dem Licenzvertrage vom 13. Mai 1892 und demgemäß auf die Widerklage wird nicht eingetreten.

Dagegen bleiben den Beklagten hinsichtlich der genannten Forderung alle Rechte bestens gewahrt.

B. Gegen dieses Urteil ergriffen die Beklagten rechtzeitig die Berufung an das Bundesgericht mit dem Antrage, das angefochtene Urteil sei in folgendem Sinne abzuändern:

1. Den Beklagten seien die Kontokorrentzinse aus der Zeit vor der Trennung im Betrage von 1506 Fr. zu ihren Gunsten in Rechnung zu bringen.

2. Die beklagtischen Gegenforderungen aus dem Licenzvertrag

seien als kompensabel zu erklären und zu Gunsten der Beklagten in Rechnung zu bringen.

3. Soweit die beklagtischen Gegenforderungen aus dem Licenzvertrage nicht zur Aufhebung der Klagforderung verwendet wurden, seien die Kläger zur Bezahlung des Restbetrages nebst Zins zu 5 % seit dem 13. Juli 1893 zu verurteilen.

C. In der heutigen Verhandlung wiederholt der Vertreter der Beklagten seine Berufungsanträge, und stellt ferner für den Fall, als die Kompensation der Gegenforderungen der Beklagten für unzulässig erklärt würde, das eventuelle Begehren: der Entscheid sei so lange zu suspendieren, bis das Schiedsgericht über die Gegenforderungen der Beklagten aus dem Licenzvertrage entschieden habe.

Der Vertreter der Kläger trägt auf Abweisung der Berufung an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die durch Vertrag vom 1. Februar 1889 gegründete Firma Märki, Haller & Cie., Mühlenbaugeschäft, mit Hauptsitz in Aarau, und Filiale in Monza (Italien) löste sich mittels Trennungsvertrages vom 21. August 1890 auf, in dem Sinne, daß von den Mitgliedern der bisherigen gemeinsamen Firma Jakob Märki und Karl Haller das Geschäft in Aarau mit Aktiven und Passiven als neue selbständige Firma „Märki & Haller", W. Strobel und A. Zopfi dagegen die bisherige Filiale in Monza mit Aktiven und Passiven, ebenfalls als selbständiges Geschäft, und zwar unter der Firma „Märki, Haller & Cie.", übernahmen. Aus dem Trennungsvertrage ist § 5 als wichtig hervorzuheben, der u. a. bestimmt: „In keinem Falle können aus den frühern Verhältnissen dies- oder jenseits, weder jetzt noch künftig, Ansprüche irgend welcher Art oder Verpflichtungen geltend gemacht werden." Die beiden Firmen blieben auch nach der Auflösung in geschäftlichem Verkehre mit einander. Im September 1892 bestellten Märki & Haller bei dem Geschäft in Monza fünf Walzenstühle zum Gesamtpreise von 7710 Fr. und im Oktober 1892 einen sechsten Walzenstuhl zu 1750 Fr. Bei den Bestellungen bedungen sich Märki, Haller & Cie. Bezahlung durch Dreimonattratten von der Präsentation der Faktura und des Bahn-Reçus an aus. Die Lieferung der sechs Walzenstühle erfolgte am 26. Oktober. An den Kaufpreis bezahlten die Käufer nur 736 Fr. 40 Cts., und zwar gemäß Anweisung der

Verkäufer an einen gewissen Piat in Paris. Märki, Haller & Cie. verlangten wiederholt die Ausstellung von Accepten; Märki & Haller gingen jedoch darauf nicht ein, sondern sandten ihnen im November 1892 einen auf den 12. November 1892 abgeschlossenen Kontokorrentauszug, wonach sich ein Saldo von 794 Fr. 35 Cts. zu Gunsten der Kläger ergab. Darin war auch die Forderung der Kläger für die sechs Walzenstühle mit 9460 Fr. aufgenommen. Die Kläger erwiderten hierauf, sie können nicht damit einverstanden sein, daß die Beklagten einen Kontokorrentauszug senden, anstatt Accepte auszustellen; überdies können sie mit dem Saldo der Beklagten nicht einig gehen. Am Kontokorrentauszug bemängelten sie insbesondere die Anrechnung von Kontokorrentzinsen aus der Zeit vor und nach dem Trennungsvertrage im Gesamtbetrage von 2336 Fr. 45 Cts. Trotz ihrer Differenzen betreffend den Kontokorrent blieben die Parteien im Geschäftsverkehr. Aus diesem Verkehre ist noch folgendes Rechtsgeschäft zu erwähnen: Durch Vertrag vom 13. Mai 1892 überließen die Beklagten den Klägern den Vertrieb eines von erstern erfundenen patentierten sog. Zellensichters auf dem Gebiete Italiens (sog. Licenzvertrag), gegen Bezahlung einer Licenzgebühr von 150 Fr. per Maschine für die 200 ersten verkauften Maschinen und 100 Fr. per Maschine für die übrigen verkauften Maschinen, eventuell von 1500 Fr. im ersten, 2000 Fr. im zweiten, 3000 Fr. im dritten und 2500 Fr. im vierten Jahre. § 10 des Vertrags bestimmt: „Aus diesem Vertrage entstehende Zwiste müssen durch Schiedsgerichte geordnet werden." — In dem per 31. März 1895 abgeschlossenen Kontokorrentauszuge der Kläger für die Beklagten ist die Forderung von 9460 Fr. aufgenommen. Trotzdem erfolgte keine Einigung betreffend diese Faktur; dies führte schließlich im Jahre 1896 zum Prozeß, in welchem die Kläger als Rest jener Faktur 4460 Fr. nebst Zins zu 5 % seit 1. März 1893 fordern. Die Beklagten machten eine Reihe von Gegenforderungen geltend, beantragten demgemäß Abweisung der Klage und erhoben eine Widerklage, soweit ihre Ansprüche die Klageforderung überstiegen. Sie nahmen zunächst den Standpunkt ein, die Fakturaforderung sei, da die Kläger den Kontokorrent in diesem Punkte nicht bestritten haben, im Kontokorrent aufgegangen, somit durch

Kompensation bezw. Novation als Forderung aus dem Kaufe erloschen. Von ihren Gegenforderungen sodann ist zunächst hervorzuheben: eine Post von 1506 Fr. als Betrag der Kontokorrentzinsen vom 1. Februar 1889 bis 20. August 1890. Ferner beanspruchen sie von den Klägern 6000 Fr., event. 1500 Fr., als Licenzgebühr gemäß dem oben erwähnten Licenzvertrag. Die Kläger bestritten, je eine Abrechnung der Beklagten anerkannt zu haben und hielten daran fest, daß die Fakturaforderung als selbständige Forderung, bezüglich deren die Beklagten Baarzahlung versprochen und somit auf die Kompensation verzichtet haben, anzusehen sei. Sie anerkannten die Zinsforderung der Beklagten nicht. Den Forderungen aus dem Licenzvertrage hielten sie event. entgegen, die Beklagten haben ihrerseits den Vertrag nicht gehörig erfüllt und dadurch den Klägern großen Schaden zugefügt, den sie eventuell compensando geltend machten, in erster Linie aber machten sie geltend, die staatlichen Gerichte seien gemäß § 10 jenes Vertrages zur Behandlung der Forderungen aus demselben unzuständig. Letztern Ausführungen hielten die Beklagten die replica doli entgegen, die sie hauptsächlich damit begründeten, auch der Trennungsvertrag habe das schiedsgerichtliche Verfahren vorgesehen; wenn nun die Kläger gleichwohl den staatlichen Richter angerufen haben, so dürfen die Beklagten dadurch nicht um die Kompensationseinrede gebracht werden.

2. Bei ihrem sub Fakt. A mitgeteilten Urteile geht die Vorinstanz davon aus, die Kläger haben durch Aufnahme des Fakturabetrages von 9460 Fr. in den den Beklagten zugestellten Kontokorrentauszug vom 31. März 1895 anerkannt, daß dieser Betrag einen Bestandteil des Kontokorrentverhältnisses bilde; daraus folge, daß die Beklagten berechtigt seien, der Klagforderung Gegenforderungen aus dem Kontokorrentverkehre entgegenzustellen. Was die heute noch streitigen Gegenforderungen der Beklagten betrifft, so bemerkt sie betreffend den Zinsanspruch: Die Forderung von Zinsen aus dem vor der Trennung bestandenen Kontokorrentverkehre zähle offenbar auch zu den Ansprüchen aus frühern Verhältnissen, deren Geltendmachung der Trennungsvertrag ein für allemal habe ausschließen wollen; diese Gegenforderung sei daher abzuweisen. In der Frage der Zulässigkeit von Gegenforderungen

aus dem Licenzvertrage tritt sie der Auffassung der Kläger bei, wonach ihre Kompetenz zur Beurteilung auch von einredeweise geltend gemachten Forderungen aus dem genannten Vertrage durch die Schiedsvertragsklausel ausgeschlossen ist.

3. Nachdem die Kläger gegen das vorinstanzliche Urteil die Berufung an das Bundesgericht nicht ergriffen haben, ist die Frage, ob die eingeklagte Kaufpreisforderung als ein Bestandteil des zwischen den Parteien bestehenden Kontokorrentverhältnisses anzusehen sei, erledigt; streitig sind nur noch zwei Punkte: der Anspruch der Beklagten auf Kontokorrentzinsen aus der Zeit vom 1. Februar 1889 bis 20. August 1890, und ihr Anspruch aus dem Licenzvertrage.

4. Was den Zinsenanspruch betrifft, kann nicht etwa gesagt werden, es handle sich hier lediglich um eine Thatfrage, die der Überprüfung durch das Bundesgericht entzogen sei; vielmehr ist zu ermitteln, ob sich die Begründetheit des Anspruches aus dem genannten Geschäftsverkehre der Parteien ergebe oder aber insbesondere durch Art. 5 des Trennungsvertrages ausgeschlossen sei — eine Frage des Beweises, zu deren Beurteilung das Bundesgericht kompetent ist. In dieser Hinsicht kann nun der in Erwägung 2 angeführten Begründung der Vorinstanz nicht beigetreten werden. Zwar lauten die Ausdrücke in § 5 des Trennungsvertrages sehr allgemein; allein eine nähere Prüfung ergiebt, daß unter den „Ansprüchen irgend welcher Art oder Verpflichtungen" aus den frühern Verhältnissen dieser Zinsanspruch nicht inbegriffen sein kann. Betrachtet man nämlich, wie es einzig richtig ist, § 5 des Trennungsvertrages in Verbindung mit dem Gesamtinhalte des Vertrages, so ergiebt sich aus den §§ 3 und 4, worin ausdrücklich von einem „restlichen Guthaben", das Monza an Aarau zu zahlen hat, und von einem „sich ergebenden Saldo" zu Gunsten Aaraus die Rede ist, daß jenen Ausdrücken in § 5 nicht die allgemeine Bedeutung beigelegt werden kann, die sie für sich allein angesehen haben. Aus jenen §§ 3 und 4 geht vielmehr hervor, daß der Saldo zu Gunsten Aaraus erst noch zu ermitteln war. Aus den Akten ist nun nirgends ersichtlich, welches der Betrag der Aktiven und Passiven auf jeder Seite war; da ein Inventar nicht eingelegt worden ist, muß angenommen werden, ein solches existiere

nicht. Würde man den § 5 so allgemein auslegen, wie es die Vorinstanz thut, würde dies zu der Konsequenz führen, daß die Parteien Aktiven und Passiven nicht ermitteln könnten. Ist sonach der Zinsenanspruch der Beklagten nicht schon durch § 5 des Trennungsvertrages ausgeschlossen, so ist zu prüfen, ob ihnen der ihnen obliegende Beweis für dessen Existenz gelungen ist. In dieser Beziehung ist vorab zu bemerken, daß allerdings die beiden Niederlassungen in Aarau und Monza zur Zeit, als sie noch im Verhältnisse von Hauptniederlassung und Filiale zu einander standen, nicht eigentlich gegenseitig Gläubiger und Schuldner sein konnten; allein die Parteien waren durch keinen Umstand gehindert, im Zeitpunkte ihrer Trennung, ihrer itio in partis, alles im Kontokorrent aufgeschriebene zu Forderungen und Schulden zu gestalten. Das ist denn auch in der That geschehen; wären Zinsskripturen gemacht worden, so hätten sie mit dem Momente der Trennung rechtlichen Bestand als Forderung und Schuld gewonnen. Auf diesem Standpunkte scheinen denn auch die Beklagten zu stehen. Allein der auf ihnen ruhende Beweis ist nicht gelungen. Sie machen geltend, es sei Übung zwischen den Parteien gewesen, die aus dem Kontokorrent hervorgehenden Forderungen mit 5 % zu verzinsen, und die Kläger haben die Verrechnung dieser Zinsen stillschweigend anerkannt. Allein diese letztere Behauptung ist durch die durchaus aktengemäßen Feststellungen der Vorinstanz, wonach die Kläger die Pflicht zur Zinszahlung von Anfang an bestritten haben, widerlegt, und damit fällt auch die Schlüssigkeit der erstern Behauptung dahin.

Es hat also in diesem Punkte beim angefochtenen Urteil sein Bewenden.

5. Den zweiten noch streitigen Punkt betreffend, ist vor allem die Begründetheit der von den Klägern gegenüber den Forderungen der Beklagten aus dem Licenzvertrage erhobenen Einrede der Unzuständigkeit der staatlichen Gerichte und der daherigen Nichtzulässigkeit der Kompensation jener Forderungen mit dem von den Klägern eingeklagten Anspruch zu prüfen. Dabei mag, weil zur Entscheidung der Hauptfrage nicht nötig, dahingestellt bleiben, ob diese Einrede aus dem Schiedsvertrage als materielle Einrede anzusehen ist, wie dies das Bundesgericht i. S. Stigler, A. S.

XIII, S. 355, Erw. 4, ausgeführt hat, oder als prozessualische Einrede, wie dies offenbar die Vorinstanz (in Übereinstimmung z. B. mit Wach, Handbuch des Civilprozeßrechts I, S. 72, Anm. 29) annimmt. Klar und außer Streit ist, daß die Beklagten die Ansprüche, die sie heute nur kompensations- und widerklageweise geltend machen, gemäß § 10 des Licenzvertrages als Hauptkläger nur vor einem Schiedsgerichte geltend machen könnten. Fraglich ist nur, ob diese Ansprüche trotz des Schiedsvertrages verteidigungsweise vor den staatlichen Gerichten erhoben werden dürfen und alsdann von diesen materiell auf ihre Begründetheit zu untersuchen sind.

Die Schiedsklausel betreffend ist nun zunächst, in Übereinstimmung mit dem Urteile des Bundesgerichts vom 11. November 1892 in Sachen der Tessiner Kantonalbank gegen den Kanton Tessin (A. S. XVIII, S. 965), zu sagen, daß der Schiedsvertrag dem kantonalen Rechte untersteht (vergl. auch Soldan, le code fédéral des obligations et le droit cantonal, S. 170, Nr. 5), und dies hat zur Folge, daß die der fraglichen Schiedsklausel von der Vorinstanz gegebene Auslegung für das Bundesgericht an sich bindend ist, und das Bundesgericht nur zu prüfen hat, ob durch diese Auslegung die Bestimmungen des eidg. O.-R. über Kompensation von Forderungen verletzt seien. Übrigens erscheint jene Auslegung auch materiell richtig. Hierüber ist zu bemerken: Nach § 10 des Licenzvertrages müssen aus demselben entstehende „Zwiste" durch Schiedsgericht geordnet werden. Die Voraussetzung der Anwendbarkeit dieser Klausel ist offenbar vorhanden, handelt es sich doch gerade um bestrittene Forderungen aus dem Licenzvertrage. Die Argumentation der Beklagten, durch jene Klausel sei nur die klageweise Geltendmachung derartiger Forderungen ausgeschlossen, geht fehl. Einmal machen sie dieselben ja zum Teil, soweit sie die Ansprüche der Kläger übersteigen, selbst widerklageweise, also angriffsweise auf dem Wege der Klage, geltend, und daß dies nach § 10 des Licenzvertrages nicht angeht, leuchtet ohne weiteres ein. Allein auch soweit nur die Frage der Zulässigkeit der Kompensation in Frage kommt, ist die fragliche Klausel in einem der Auffassung der Beklagten entgegengesetzten Sinne zu interpretieren. Denn der Zweck der Kompensationseinrede ist ein

doppelter: einerseits ist sie lediglich ein Verteidigungsmittel mit dem Zweck, einen Erlöschungsgrund der eingeklagten Forderung zu behaupten; andrerseits macht sie eine selbständige Forderung geltend. Weil und soweit letzteres der Fall ist, wird denn auch das über die eingeklagte Forderung ergehende Urteil rechtskräftig auch für die Frage des Bestehens oder Nichtbestehens der zur Kompensation verstellten Gegenforderung, wie dies die deutsche Civilprozeßordnung in § 293 als einzige Ausnahme von dem Satze, daß Entscheidungen über Einreden niemals rechtskräftig werden, ausdrücklich bestimmt. Ist dem aber so, so folgt daraus, daß die staatlichen Gerichte zur Entscheidung über die aus dem Licenzvertrage entstehenden Forderungen auch soweit sie nur kompensationsweise erhoben werden, gemäß der Schiedsgerichtsklausel nicht befugt sind, weil eben auch hier rechtskräftig über den Bestand der Forderung entschieden würde. Eine solche Entscheidung wollten aber die Parteien offenbar aus Zweckmäßigkeitsgründen, wie sie von den Klägern richtig namhaft gemacht werden, den staatlichen Gerichten entziehen.

6. Zu untersuchen ist nach dem oben Ausgeführten endlich einzig noch, ob die so gewonnene Auslegung der Schiedsklausel mit den Bestimmungen des eidg. O.-R. über die Verrechnung von Forderungen im Widerspruche steht. Dies ist zu verneinen. Zunächst könnte sich fragen, ob nicht in dem Schiedsvertrage zugleich implicite ein teilweiser Verzicht auf die Kompensation im Sinne des Art. 139 O.-R. liege; dafür ließe sich anführen, daß der vom Verzicht auf die Kompensation handelnde Art. 139 O.-R. die Gründe, wenn ein Verzicht anzunehmen ist, nicht erschöpfend aufzählt und ferner zweifellos auch einen nur teilweisen Verzicht zuläßt, ein solcher aber darin gefunden werden kann, daß auf die Beurteilung vor dem staatlichen Richter verzichtet wird, weil eben, wie in Erwägung 5 ausgeführt, die Beurteilung auch einer nur kompensationsweise geltend gemachten Forderung, für die ein Schiedsgericht vorgesehen ist, durch den ordentlichen Richter ausgeschlossen ist. Allein diese Auffassung würde zu weit gehen; ein Verzicht auf das materielle Recht der Kompensation lag nicht in der Willensmeinung der Parteien. Von einer Verletzung der bundesrechtlichen Bestimmungen über Kompensation kann nun deshalb

keine Rede sein, weil die Forderung an und für sich kompensabel bleibt, ja die Kompensabilität von den Klägern geradezu anerkannt ist. Die Sache liegt so, daß die Beklagten lediglich darauf verzichtet haben, die Kompensationseinrede zur Zeit, in diesem Prozesse, geltend zu machen, daß ihnen aber im übrigen das Recht der Kompensation unbenommen bleibt.

7. Von diesem Gesichtspunkte aus muß auch das erst in der heutigen Verhandlung eventuell gestellte Begehren der Beklagten um Sistierung des Prozesses bis nach Erledigung der Streitigkeiten aus dem Licenzvertrage durch das Schiedsgericht abgewiesen werden, ganz abgesehen davon, daß es fraglich ist, ob ein solches Begehren in diesem Stadium des Prozesses noch zulässig ist. Denn die Kläger haben ein Recht auf ungehinderte Durchführung des Prozesses; Sache der Beklagten wäre es gewesen, rechtzeitig für Beurteilung der Streitigkeiten aus dem Licenzvertrage durch ein Schiedsgericht zu sorgen.

Daß schließlich die der Einrede aus dem Schiedsvertrage entgegengehaltene Replik der Arglist unbegründet ist, weist die Vorinstanz durchaus zutreffend nach.

Die Berufung der Beklagten ist also auch im zweiten Punkte abzuweisen.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen und demgemäß das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 4. März 1897 in allen Teilen bestätigt.

---

111. Urteil vom 22. Mai 1897 in Sachen Appenzeller gegen Brand.

A. Durch Urteil vom 14. Oktober 1896 hat der Appellations- und Kassationshof des Kantons Bern erkannt:

1. Den Klägern, Geschwister Brand, ist der erste Teil ihres ersten Klagebegehrens zugesprochen.

2. Infolge dessen ist über den zweiten Teil dieses Begehrens nicht zu urteilen.

3. Den Klägern ist das zweite Klagsbegehren ebenfalls zugesprochen nebst Verzugszins à 5 % seit 15. Februar 1896.

B. Gegen dieses Urteil hat der Beklagte die Berufung an das Bundesgericht erklärt und den Antrag gestellt, es sei in Aufhebung des angefochtenen Urteils die Klage der Geschwister Brand gänzlich abzuweisen. Bei der heutigen Hauptverhandlung erneuert der Beklagte diesen Antrag. Der Anwalt der Kläger beantragt Bestätigung des Urteils.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Schwester des Beklagten, Anna Appenzeller in Rohrbach, hatte am 25. März 1893 bei der Ersparnißkasse des Amtsbezirks Aarwangen eine Einlage von 5470 Fr. gemacht, wofür ihr ein auf ihren Namen lautender Gutschein (Nr. 19,271) in Form eines Sparkassebüchleins ausgestellt wurde. In den auf dem Gutschein abgedruckten Bedingungen ist u. a. gesagt: „6. Ohne Vorweisung des Gutscheins wird keine Zahlung gemacht. Verlorene Gutscheine sind auf Kosten des Ansprechers zu amortisieren. 7. Der Vorweiser eines Gutscheins gilt der Ersparnißkasse gegenüber als berechtigt, Rückzahlungen und Zinsen zu beziehen und gültig dafür zu quittieren. Die Ersparniskasse ist weder verpflichtet, die Identität des Besitzers noch die Ächtheit der Unterschrift feststellen zu lassen, wohl aber steht es derselben jederzeit frei, die Eigentumslegitimation zu verlangen, wenn die Umstände Zweifel wachrufen sollten.“ Am 19. Mai 1895 verstarb Anna Appenzeller; in ihrem Testament hatte sie die Kläger, d. h. die (minderjährigen) Kinder ihrer verstorbenen Bruderstochter Anna Maria Brand geb. Appenzeller zu Erben eingesetzt. Bei dem über ihren Nachlaß aufgenommenen amtlichen Inventar wurde der oben erwähnte Gutschein nicht vorgefunden. Später stellte sich heraus, daß der Beklagte sich in dessen Besitz befand. Die Vormundschaftsbehörde forderte ihn auf, den Kassagutschein, als zum Nachlasse der Anna Appenzeller gehörig, herauszugeben; der Beklagte weigerte sich dessen, indem er behauptete, der Schein gehöre ihm, verstand sich jedoch nachträglich dazu, denselben beim Gemeindepräsidenten zu deponieren. Hierauf wurde eine Strafklage wegen Diebstahls gegen ihn eingeleitet, die jedoch durch Beschluß der Anklagekammer vom 23. November 1895 mangels genügender

Schuldbeweise aufgehoben wurde. Am 3. Dezember 1895 erhob der Beklagte, dem der Gutschein nach Sistierung der Strafklage vom Gemeindepräsidenten wieder zurückgegeben worden war, auf dem Gutschein bei der Ersparniskasse des Amtsbezirkes Aarwangen den Betrag von 1400 Fr. Am 13. Februar 1896 stellten die Kläger beim Gerichtspräsidenten von Aarwangen das Rechtsbegehren: 1. Der Beklagte Joh. Ulrich Appenzeller sei schuldig, den Klägern als Testamentserben der Anna Appenzeller den auf den Namen derselben lautenden, von der Ersparniskasse des Amtes Aarwangen ausgestellten Kassagutschein Nr. 19,271 oder dessen Wert mit 4000 Fr., nebst dem von der genannten Kasse jeweilen gewährten Zins herauszugeben. 2. Der Beklagte sei ferner schuldig, den Klägern die von ihm auf diesen Gutschein hin bereits am 3. Dezember 1895 auf der genannten Ersparniskasse erhobenen 1400 Fr. nebst Zins zu 5 % seit diesem Tage zurückzuerstatten. Der Beklagte beantragte Abweisung dieser Klage. Er machte geltend: Der Gutschein, dessen Herausgabe verlangt werde, enthalte die Inhaberklausel, und sei daher eine bewegliche Sache. Darnach kommen für die vorliegende Klage die Grundsätze der Vindikation von Mobilien zur Anwendung, und es haben daher die Kläger sowohl ihr Eigentum als den unfreiwilligen Verlust des Gewahrsams an der Sache zu behaupten und zu beweisen, was nicht geschehen sei. Der Beklagte habe den Schuldschein von der Erblasserin erhalten, welche damit eine Schuld an ihn getilgt habe. Um's Jahr 1877 sei nämlich ein Vetter des Beklagten Johann Lanz in Rohrbach gestorben, mit Hinterlassung eines Testamentes zu Gunsten der Brüder Gottlieb, Jakob und Peter Zulauf in Rohrbach. Der Anna Appenzeller habe Lanz 2000 Fr. legiert, und jedem der drei Kinder des Beklagten je 1000 Fr. Beklagter habe nun um die gleiche Zeit von der Anna Appenzeller ein Darlehn von 2000 Fr. erhalten und ihr dafür die Legatforderung seiner Kinder im Betrage von 3000 Fr. als Sicherheit abgetreten, welche ihr auch wirklich ausbezahlt worden seien. Trotzdem er das Darlehn von 2000 Fr. am 30. Mai 1877 zurückbezahlt habe, habe diese die 3000 Fr., welche ihr als Sicherheit für diese Schuld eingehändigt worden seien, in ihrem Gewahrsam behalten. Als zu Ostern 1895 Anna Appenzeller

krank geworden sei, habe er sie daran gemahnt, daß sie noch diese 3000 Fr. mit Zins in Händen habe, die ihr nicht gehören. Sie habe dies ohne weiteres anerkannt, und ihm hierauf den Gutschein Nr. 19,271 übergeben mit der Bemerkung, derselbe mache ungefähr den gleichen Betrag an Kapital und Zins aus. Die Kläger bestritten diese Darstellung, ohne jedoch ihrerseits bestimmte Angaben darüber zu machen, wie der Beklagte in den Besitz des Gutscheins gelangt sei. Sie stellten sich einfach auf den Standpunkt, daß der Beklagte niemals ein Recht an dem Gutschein erworben habe, daß dieser daher zum Nachlasse der Anna Appenzeller gehöre, und danach vom Beklagten, als Inhaber, den Klägern, als Testamentserben, auszuliefern sei. Die Vorinstanz hat die Klage in der aus Fakt. A oben ersichtlichen Weise geschützt; sie nahm an, der Gutschein sei, wenn auch kein Inhaberpapier, so doch ein Wertpapier, d. h. eine solche Urkunde, in welcher ein Recht derart verkörpert sei, daß es in seinem Inhalt seiner Ausübung und Übertragung an die Urkunde gebunden sei, und als solches könne er, wie eine andere bewegliche Sache, vindiziert werden. Wenn nämlich Art. 224 O.-R. ein Retentionsrecht an Wertpapieren vorsehe, so müssen diese Papiere auch als solche Gegenstand des Eigentumsrechtes bilden und folgeweise vindiziert werden können. Als Vindikationsklage betrachtet erscheine nun der erste Teil des ersten Klagebegehrens begründet. Es sei unter den Parteien nicht bestritten, daß die Erblasserin und Rechtsvorgängerin der Kläger noch wenige Wochen vor ihrem Tode Eigentümerin des Gutscheins gewesen, und daß sich dieser nun im Besitze des Beklagten befinde. Mit der Feststellung dieser Thatsachen haben die Kläger der ihnen obliegenden Behauptungs- und Beweispflicht genügt, und es sei demnach Sache des Beklagten, darzuthun, daß er Eigentum daran erworben habe. Nun habe der Beklagte den Beweis zwar angetreten mit der Behauptung, Anna Appenzeller habe ihm denselben behufs Zurückerstattung einer früher durch ihn erhaltenen Summe von 3000 Fr. kurz vor ihrem Tode eingehändigt. Allein der Beweis für diese Behauptung sei ihm vollständig mißlungen. Der von ihm angerufene Zeuge Gottlieb Zulauf bestätige nur, daß der Beklagte seiner Zeit die Legatforderungen seiner Kinder im Gesammtbetrage

von 3000 Fr. der Anna Appenzeller abgetreten habe. Von einer Übergabe des Gutscheins durch Anna Appenzeller an den Beklagten wisse keiner der Zeugen etwas zu berichten. Auch wenn übrigens der Gutschein bloß als Beweisurkunde zu betrachten wäre, müßte der erste Teil des ersten Klagsbegehrens gutgeheißen werden; denn als Beweisurkunde würde er lediglich ein Accessorium der Forderung bilden, das dem Forderungsberechtigten gehöre, und nun habe der Beklagte in keiner Weise dargethan, daß die Forderung auf ihn übergegangen sei. Habe der Beklagte aber kein Recht an dem Gutschein, bezw. an der darin verurkundeten Forderung erworben, so folge hieraus weiter, daß er nicht berechtigt gewesen sei, die 1400 Fr. auf den Gutschein hin zu entheben, und er sei daher gemäß Art. 70 ff. O.-R. zur Rückerstattung dieser Summe und zur Leistung des geforderten Verzugszinses, gerechnet vom 15. Februar 1896 an, verpflichtet

2. Die Kläger sind bei der Stellung ihres ersten Rechtsbegehrens davon ausgegangen, der Gutschein der Sparkasse des Bezirks Aarwangen sei der Träger des darin verurkundeten Forderungsrechtes gegenüber der Sparkasse; er gewährte seinem Besitzer ohne weiteres dieses Forderungsrecht, so daß zur Erlangung dieses letzteren die Vindikation des Gutscheins erforderlich, aber auch genügend sei. Denn es liegt auf der Hand, daß die Kläger mit dem ersten Rechtsbegehren das Forderungsrecht auf die Sparkasse, gemäß dem Inhalt des Gutscheins, beanspruchen wollen, wie sie denn eventuell als Wert des Gutscheins den Betrag der Forderung, nämlich 4000 Fr. an Kapital, nebst den aufgelaufenen Zinsen, verlangen. Damit nun aber der streitige Gutschein als Träger des darin verurkundeten Forderungsrechtes bezeichnet werden könnte, müßte das Forderungsrecht derart in der Urkunde verkörpert sein, daß es in seinem Inhalt, seiner Ausübung und Übertragung an die Urkunde gebunden wäre (s. Hafner, Komm. zum eidg. O.-R., Anm. 6 zu Art. 224). Denn nur unter dieser Voraussetzung hat der Erwerber des Papiers die Sicherheit, daß der Schuldner gegen das Papier leisten müsse, indem die Leistung von keinem Andern, als dem Inhaber verlangt werden kann, und nur die Leistung an den Inhaber den Schuldner befreit. Diesen Charakter trägt der von

der Ersparniskasse des Bezirks Aarwangen ausgestellte Gutschein nicht. Es ist darin nicht eine Leistung an den Inhaber im Sinne der Art. 846 u. ff. des O.-R. versprochen, ebenso gehört derselbe nicht in die Kategorie der Ordre- oder andern indossablen Papiere, welche das eidg. Obligationenrecht neben den Inhaberpapieren und Wechseln als eigentliche Wertpapiere, d. h. als Träger des verurkundeten Forderungsrechtes anerkennt. Allerdings bestimmt Art. 7 der dem Gutschein aufgedruckten Bedingungen, der Vorweiser eines Gutscheines gelte der Ersparnißkasse gegenüber als berechtigt, Rückzahlungen und Zinsen zu beziehen, und gültig darüber zu quittieren, allein der Gutschein lautet trotzdem nicht auf den Inhaber, sondern auf den Namen des Einlegers, und die Kasse behält sich ausdrücklich vor, vom Inhaber des Gutscheins den Eigentumsausweis zu verlangen; sie verpflichtet sich also dem Inhaber gegenüber nicht in der Weise, daß sie ihm keine andern Einreden entgegensetzen könnte, als diejenigen, welche aus der Urkunde selbst hervorgehen, sondern wahrt sich auch die Einrede, daß der Inhaber nicht der wahre Berechtigte sei. Auch aus der Bestimmung in Art. 6 der genannten Bedingungen, worin die Amortisation verloren gegangener Gutscheine vorgeschrieben wird, darf nicht gefolgert werden, daß das Forderungsrecht in der Urkunde selbst verkörpert sei. Diese Vorschrift ist gegenüber Art. 105 O.-R. einfach ungültig; da nämlich der Aussteller des Gutscheins sich die Prüfung der Legitimation des Inhabers ausdrücklich vorbehält, und darnach der Gutschein nicht als Inhaberpapier im Sinne des Obligationenrechtes erscheint (welches hierunter laut Art. 847 nur die vollkommenen, nicht auch die sog. hinkenden Inhaberpapiere versteht), so findet auch Art. 848 ibidem keine Anwendung, und kann deshalb der Schuldner, wenn der Schuldschein verloren gegangen ist, gemäß Art. 105 O.-R., bei der Zahlungsleistung nur fordern, daß der Gläubiger die Entkräftung des Schuldscheins und die Tilgung der Schuld in einer öffentlichen oder beglaubigten Urkunde erkläre. Aus dem Gesagten folgt, daß für die Entscheidung der Frage, ob der Anspruch der Kläger auf die in dem Gutschein Nr. 19,271 verbriefte Forderung gegenüber der Ersparniskasse des Amtsbezirks Aarwangen begründet sei, nicht sowohl die Grundsätze über die

Vindikation von Wertpapieren, als vielmehr die gewöhnlichen Grundsätze über den Erwerb von Forderungen maßgebend sind, und das erste Rechtsbegehren, seinem offenbaren Zwecke gemäß, richtiger Weise auf Feststellung des Gläubigerrechtes der Kläger an jener Forderung hätte lauten, und der Gutschein bloß als Accessorium, nicht aber als Träger der Forderung hätte vindiziert werden sollen.

3. Frägt es sich also, ob die Forderung an die Ersparniskasse des Bezirks Aarwangen aus dem Gutschein Nr. 19,271 den Klägern zustehe, und in Folge dessen der Beklagte verpflichtet sei, denselben diesen Gutschein herauszugeben, so ist zunächst zu bemerken, daß die Kläger unbestrittenermaßen die Universalerben derjenigen Person sind, welche die betreffende Einlage gemacht hat, und auf deren Namen der Gutschein lautet. Darnach erscheint der Anspruch der Kläger als begründet, sofern nicht der Beklagte den Nachweis erbracht hat, daß ihm diese Forderung von der Erblasserin abgetreten worden sei. Für den Beweis einer solchen Abtretung genügt nun aber die bloße Thatsache, daß der Beklagte im Besitze des Gutscheines sich befindet, nicht. Damit dieser Beweis als geleistet zu betrachten wäre, müßte nach den Akten angenommen werden können, daß die Rechtsvorgängerin der Kläger dem Beklagten den Gutschein mit dem Willen überlassen hätte, ihm das Guthaben auf die Ersparniskasse abzutreten; allein hiefür fehlt es, wie die Vorinstanz festgestellt hat, an hinreichenden Anhaltspunkten. Der Beklagte hat den Beweis dafür, daß ihm das fragliche Guthaben von der Erblasserin abgetreten worden sei, dadurch zu leisten versucht, daß er sich auf Zeugen dafür berief, daß die Anna Appenzeller ihm den Gutschein behufs Rückerstattung einer Summe von 3000 Fr. behändigt habe, welche sie um's Jahr 1877 durch ihn erhalten habe. Die Vorinstanz stellt jedoch thatsächlich fest, daß dieser Beweis gänzlich mißlungen sei, und diese Feststellung ist für das Bundesgericht maßgebend, da dieselbe weder auf einer bundesgesetzliche Bestimmungen verletzenden Würdigung des Beweisergebnisses, noch auf aktenwidrigen Annahmen beruht.

4. Ist demnach das angefochtene Urteil rücksichtlich des ersten Klagebegehrens zu bestätigen, so muß das gleiche auch der Fall

sein rücksichtlich des zweiten. Denn sobald angenommen werden muß, daß die Rechtsvorgängerin der Kläger dem Beklagten das Sparkassaguthaben nicht abgetreten habe, war derselbe nicht berechtigt, auf den Gutschein hin eine Zahlung zu erheben. Durch die Zahlung von 1400 Fr., welche ihm die Ersparniskasse auf den Gutschein hin leistete, wurde er daher ohne rechtmäßigen Grund aus dem Vermögen der Kläger bereichert; demnach haftet er den Klägern für die Rückerstattung, und zwar für den vollen Betrag; denn wenn auch nicht bewiesen ist, daß er geradezu dolos gehandelt habe, so wußte er doch bereits bei dem Bezug jener Summe, daß sein Anspruch auf das Sparkassaguthaben von den Klägern bestritten werde; er befand sich daher beim Empfange nicht im guten Glauben und haftet demgemäß den Klägern nach den Grundsätzen der Schadenersatzklage aus Art. 73 Abs. 2 O.-R. für Schadloshaltung.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen, und daher das Urteil des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern in allen Teilen bestätigt.

---

112. *Arrêt du 22 mai 1897 dans la cause Dutoit contre Beausire et Clavel.*

L'art. 35 du Règlement d'exécution pour la loi fédérale concernant l'amélioration de l'agriculture par la Confédération, du 10 juillet 1894, prévoit que les étalons pur sang et demi-sang du dépôt fédéral pourront être envoyés en station dans les cantons pour la période de monte, moyennant certaines prestations.

En application de cette disposition, le vétérinaire Arnold Dutoit, à Aigle, a obtenu de la Régie fédérale des chevaux par l'intermédiaire et avec l'appui financier du canton de Vaud, d'avoir des étalons en stationnement dans ses écurie, pendant la période de monte des années 1894 et 1895. Aux

termes de l'art. 35 lettre *c* précité, le vétérinaire Dutoit avait « à surveiller l'étalon et l'acte de la monte, à délivrer les certificats de saillie et à percevoir la taxe de saillie pour la verser à l'administration du dépôt. » Pendant la période de monte de l'année 1894, c'était l'étalon pur sang « Douro » qui avait été placé en stationnement chez Dutoit, et à cette occasion celui-ci avait reçu communication des prescriptions fédérales du 12 mars 1891, relatives au traitement des étalons pendant leur séjour aux stations de monte.

En février 1895, Dutoit s'adressa au Département vaudois de l'agriculture, aux fins d'obtenir de nouveau un étalon de la Confédération, et, après correspondance, il fut convenu que Dutoit recevrait l'étalon demi-sang « Kronprinz » contre paiement de 4 fr. 30 c. par jour pour logement et nourriture.

Ensuite de ces arrangements, l'étalon « Kronprinz » fut envoyé par la Régie fédérale à Aigle, le 15 avril 1895. L'étalon fut logé dans l'écurie de Dutoit, où il séjourna jusqu'au 1er août 1895. L'animal était accompagné d'un palefrenier de la Régie, le sieur Emile Jaques, dont la situation était réglée par les prescriptions de traitement des étalons de demi-sang pendant leur séjour aux stations de monte, du 18 mars 1892.

Aux termes de ces prescriptions, le palefrenier était chargé de tous les soins à donner à l'étalon, dans le voisinage duquel il devait coucher ; il était placé, pendant son séjour à l'endroit de stationnement, sous le commandement direct du vétérinaire.

Pendant son séjour à Aigle, le palefrenier Jaques fut logé chez Dutoit, dans le voisinage de l'étalon ; il était du reste payé par la Régie fédérale, et se nourrissait où bon lui semblait, à ses frais. D'autre part Dutoit, profitant de la circonstance qu'il était le vétérinaire chargé de la surveillance de la monte, et que l'étalon de la Régie était stationné dans son écurie, mettait également ses soins et ses locaux à la disposition des particuliers qui avaient des juments à soumettre à la saillie. C'est ainsi qu'il reçut à deux reprises dans son

écurie la jument « Sirène », appartenant au premier lieutenant de cavalerie Ernest Beausire, à Grandson, aux conditions suivantes convenues par correspondance: prix de la saillie, fixé par la Régie fédérale, 15 fr.; prix de pension, 2 fr. 50 c. par jour.

Les frais de ces deux séjours furent payés par Beausire à Dutoit, suivant note, par 69 fr. 20 c.

Dans l'après-midi du 3 juillet 1895, le vétérinaire Dutoit dut s'absenter pour affaires, laissant la maison sous la surveillance de sa femme.

Ce jour-là le palefrenier Jaques, après avoir fait procéder à une saillie dans la matinée, avait dîné chez le nommé Samuel Clavel, voisin et parent des époux Dutoit, lequel l'avait invité.

Entre trois et quatre heures de l'après-midi, Jaques et Clavel vinrent à l'écurie de Dutoit, et Jaques fit sortir la jument « Sirène » et une autre jument poulinière. Aidé de Clavel, il attela ces deux bêtes à un char à pont qu'ils prirent dans la cour de Dutoit. L'opération de l'attelage se fit dans une ruelle publique qui se trouve derrière la maison de Dutoit. Jaques et Clavel montèrent sur le char, et partirent dans la direction d'Ollon, soit du pré du Châtelard. Jaques conduisait seul; Clavel était assis de côté et à l'arrière du char.

A peine attelée, « Sirène » donna des signes manifestes d'impatience et de mauvaise humeur; au moment même du départ, elle s'emporta, et l'attelage partit à fond de train; un enfant faillit être renversé. Jaques put toutefois, avec l'aide de Clavel, contenir momentanément les chevaux, mais peu après, la jument « Sirène » s'emballa de nouveau et Jaques ne put plus la maîtriser. Après avoir fait une course désordonnée sur une longueur d'environ cinquante mètres, l'attelage rencontra près de la scierie « La Raisse » un char arrêté sur le bord de la route. « Sirène » vint se heurter contre le timon de ce char avec une violence telle, que le timon lui pénétra dans le poitrail et s'y brisa. « Sirène » galopa encore sur une longueur de 200 mètres environ, puis

elle s'abattit et périt sur place ensuite de la perte de son sang.

Dutoit apprit cet accident à son retour à Aigle dans la soirée. Il en informa Beausire par télégramme, et avisa également la Direction de la Régie fédérale, par télégramme d'abord, puis par lettre du 6 juillet. Cette administration répondit en déclinant toute responsabilité pour les actes de Jaques, attendu que celui-ci, comme domestique de la Régie, n'avait à s'occuper que de l'étalon, et point des autres chevaux logés chez Dutoit.

C'est à la suite de ces faits que Beausire a, par demande du 4 octobre 1895, actionné Dutoit, en concluant à ce que celui-ci, « vu l'impossibilité où il est de restituer au demandeur la jument « Sirène », soit condamné à lui payer la somme de 2000 fr., modération du juge réservée, à titre de dommages-intérêts, avec l'intérêt au 5 % l'an dès le 1er août 1895, date de la citation en conciliation.

Cette demande est motivée, en droit, sur l'obligation qui incombe à Dutoit, comme dépositaire, de restituer la jument qui lui a été remise, ou, à ce défaut, de payer des dommages-intérêts à teneur de l'art. 110 CO., à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable à lui personnellement, ou aux personnes de la famille qui sont sous son autorité, ou à ses employés même temporaires (art. 115 CO.).

Dans sa réponse, Dutoit fit valoir ce qui suit :

En fait. — L'accident est arrivé par le fait et par la faute de Jaques et de Clavel, qui s'étaient emparés de la jument à l'insu du défendeur et sans aucune autorisation de sa part. Jaques était l'employé de la Confédération, et il n'était tenu à aucun travail pour le compte de Dutoit. S'il a aidé quelquefois les domestiques du défendeur à des travaux de campagne, c'était de son plein gré et pour passer le temps. Jaques s'adonnait parfois à la boisson ; il avait reçu pour cela une vive remontrance, quelque temps auparavant, du Directeur de la Régie, sur une plainte du défendeur. Le jour de l'accident, Jaques avait bu avec Clavel, qui l'avait conduit dans plusieurs cafés. Jaques n'avait à s'occuper que de

l'étalon « Kronprinz. » Les portes de l'écurie dans laquelle la jument « Sirène » était logée étaient toujours tenues fermées, mais pas à clef, à cause du danger d'incendie. Les juments poulinières en séjour chez le défendeur, et « Sirène » en particulier, n'étaient jamais attelées, ce que Jaques n'ignorait pas. Lors de leur départ avec les deux chevaux, Jaques et Clavel étaient pris de vin. En l'absence du défendeur, les gens de la maison devaient prendre les ordres de sa femme ; aucun cheval ne devait être sorti de l'écurie sans que dame Dutoit en fût avisée. Jaques connaissait cette règle, et pourtant ni lui ni Clavel n'ont demandé l'autorisation de dame Dutoit pour sortir la jument. Le défendeur conteste l'importance du dommage ; « Sirène » avait été évaluée à 1200 fr. seulement lors de son dernier service militaire.

En droit, le défendeur Dutoit reconnaissait, dans sa dite réponse, que comme dépositaire, il avait pour obligations *a*) de recevoir la jument « Sirène » pour la faire saillir ; *b*) de la garder en lieu sûr (CO. art. 475) ; *c*) de la restituer à Beausire. Le défendeur estimait avoir rempli son obligation de garder en lieu sûr la chose déposée ; s'il ne pouvait remplir l'obligation de restituer la dite jument, c'était sans sa faute et ensuite d'un cas fortuit dont il n'était pas responsable (art. 476, 2me al. CO.). La perte de « Sirène » n'était pas due non plus à la faute de personnes dont Dutoit eût à répondre légalement aux termes de l'art. 115 CO. C'était dès lors à Jaques et à Clavel, seuls auteurs responsables de l'accident, que le demandeur devait réclamer la réparation du dommage qu'ils lui avaient causé. *Subsidiairement,* et pour le cas où la Cour déclarerait que Dutoit devait répondre de Clavel et de Jaques, le défendeur prenait contre eux des conclusions en garantie ; il en faisait autant à l'égard de la Confédération (Régie fédérale) qu'il considérait comme responsable du fait de son employé Jaques, aux termes de l'art. 115 CO. précité. La solidarité entre les trois évoqués en garantie résultait de l'art. 60 CO.

Le défendeur concluait :

1° En première ligne, à libération avec dépens.

2° Subsidiairement, à ce que les évoqués en garantie Clavel, Jaques et la Régie fédérale des chevaux fussent tenus de le relever et garantir de toutes condamnations en capital, frais et intérêts, y compris ses propres frais d'action, — le tout avec dépens.

3° Sous-subsidiairement, pour le cas où Jaques et la Régie fédérale, se prévalant de l'incompétence des tribunaux vaudois à leur égard, n'auraient pas obtempéré à l'évocation en garantie, le défendeur concluait à ce que Samuel Clavel seul fût tenu à le garantir et relever de toutes condamnations, sous réserve du droit, tant de Dutoit que de Clavel, de rechercher les deux évoqués défaillants devant leur juge naturel.

Le défendeur dénonça en effet le litige et adressa des évocations en garantie aux trois parties susmentionnées. S. Clavel et la Confédération intervinrent dans la cause ; le palefrenier Jaques, en revanche, déclara ne pas vouloir prendre part au procès.

Dans sa réponse, S. Clavel allégua en fait que, comme voisin et parent des époux Dutoit, il était souvent appelé chez eux pour aider à divers travaux, à titre obligeant ; on lui emprunte même son char. Jaques, de son côté, avait été de même prié souvent par Dutoit et sa femme de les aider dans les travaux domestiques ou agricoles. Le 3 juillet 1895, Jaques fut chargé de rentrer trois tas de foin pour Dutoit, et Clavel fut prié par dame Dutoit d'aider Jaques dans ce travail. C'est Jaques qui a sorti les chevaux de l'écurie et les a attelés ; c'est lui qui conduisait ; Clavel a été jeté à terre avant que la jument « Sirène » brisât le timon et s'abattît. En droit, Clavel décline toute responsabilité envers Dutoit ; il n'a commis aucun acte illicite qui soit la cause du dommage dont la réparation est réclamée au défendeur.

La Confédération fit valoir de son côté ce qui suit dans sa réponse :

En fait : Le palefrenier Jaques était payé par la Confédération, mais pendant son séjour à Aigle il était placé sous la surveillance et sous le commandement directs de Dutoit ; son

service consistait uniquement dans les soins à donner à l'étalon. Dutoit avait insisté auprès du Directeur de la Régie pour garder Jaques auprès de lui, et bien que celui-ci ne fût pas son employé, il l'employait souvent pour son compte particulier. En droit: La Confédération n'a aucune responsabilité, ni vis-à-vis de Beausire, ni vis-à-vis de Dutoit. Elle n'est pas intervenue dans le contrat entre Beausire et Dutoit et l'art. 62 CO. n'est point applicable en l'espèce ; d'ailleurs même si l'action de Beausire était fondée sur un acte illicite commis par Jaques (art. 50 et suiv. *ibidem*), la Confédération ne serait pas responsable du fait de Jaques en vertu de l'art. 62 susvisé, puisque ce dernier n'a pas causé le dommage « dans l'accomplissement de son travail. » Même s'il en était ainsi, la responsabilité de la Confédération serait couverte par celle de Dutoit. La Confédération n'a aucune responsabilité contractuelle vis-à-vis de Dutoit en vertu des art 110 et suiv., notamment de l'art. 115 CO., car c'est le canton de Vaud seul qui a traité avec lui pour le logement de l'étalon et du palefrenier. En tout cas Dutoit aurait à prouver que la Confédération n'a pas rempli ses obligations, et que son employé Jaques a commis une faute dans l'exercice de son emploi, et même si cette double preuve était rapportée, la Confédération devrait être relevée, par le motif que c'était à Dutoit qu'incombait la surveillance du palefrenier.

La Confédération conclut dès lors à libération, avec dépens.

Dans la procédure probatoire, deux expertises eurent lieu aux fins de déterminer la valeur de la jument « Sirène. » La première, confiée au lieutenant-colonel de cavalerie Lecoultre, à Avenches, constate entre autres ce qui suit :

La dite jument, achetée de la Confédération, coûtait à Beausire, en 1889, 1390 fr. Depuis lors, elle a été taxée, dans divers services militaires, de 1000 fr. à 1500 fr. Lors de son dernier service, en 1894, elle a été évaluée à 1250 fr. ; elle était alors âgée de douze ans. Sa carrière était finie comme cheval d'officier de cavalerie ; elle aurait pu pourtant servir encore comme second cheval. A fin juin 1895, le prix de la

jument, achetée 1390 fr. ressortait, déduction faite de cinq amortissements annuels de 100 fr., à 890 fr. Elle avait deux défauts, mais vu ses qualités comme cheval de selle, l'expert taxait « Sirène » au moment de l'accident à 800 fr.

Une seconde expertise eut lieu, sur réquisition du demandeur, par les soins de M. W. de Rham, propriétaire à Jouxtens-Mézery. Cet expert, considérant que la jument « Sirène » était incontestablement une excellente bête de cavalerie, dont le lieutenant de Graffenried-Villars avait offert 1800 fr. en 1892, — qu'elle avait été taxée en moyenne, pendant les sept cours de répétition de 1890 à 1894 à 1210 fr. en moyenne; qu'aucune tare grave ne l'a sensiblement dépréciée jusqu'au moment de l'accident; qu'elle s'utilisait bien au harnais double et à la campagne; que le fait qu'elle avait été livrée à la reproduction ne la rendait pas impropre au service de la cavalerie, et qu'elle était, malgré son âge de 13 ans, encore vigoureuse, — a taxé sa valeur à 1000 fr. au 3 juillet 1895.

Statuant en la cause le 1er avril 1897, après avoir entendu de nombreux témoins, la Cour civile du canton de Vaud a prononcé comme suit:

Sur la demande principale, la Cour, admettant que Dutoit avait manqué à son devoir de dépositaire en ne surveillant pas la bête confiée à ses soins, et que ce défaut de surveillance était la cause directe de l'accident, le condamna à payer à Beausire une somme de 1500 fr. à titre de dommages-intérêts, tant pour la perte de l'animal que pour frais de course et démarches faites pour trouver à le remplacer à l'occasion du rassemblement du 1er corps d'armée, en août 1895. Sur la demande en garantie dirigée par Dutoit contre la Confédération, la Cour, estimant que la Confédération n'était pas responsable des fautes commises par Jaques en dehors de l'accomplissement de son travail, ni à teneur de l'art. 50, ni aux termes de l'art. 115 CO., et qu'au demeurant la responsabilité de la Confédération serait couverte par celle de Dutoit, débouta celui-ci des fins de sa demande.

La Cour écarta de même la demande en garantie formée

par Dutoit contre Clavel, attendu qu'aucun acte dommageable et aucune faute n'existaient à la charge de celui-ci.

Enfin, en ce qui concerne Jaques, évoqué en garantie mais défaillant, la Cour donne acte à Dutoit de ses réserves et diligences contre lui.

C'est contre ce jugement que Dutoit a recouru en réforme au Tribunal fédéral, concluant :

1° A ce que la conclusion libératoire contre le demandeur Beausire soit admise.

2° Subsidiairement, à la réduction de l'indemnité allouée à Beausire.

3° Subsidiairement encore, à l'admission de ses conclusions contre les évoqués en garantie Clavel et Jaques.

En revanche il a déclaré accepter le jugement de la Cour en ce qui concerne la Confédération suisse.

Dans son mémoire complémentaire, le recourant invoque, en substance, les motifs ci-après :

I. — Relativement au demandeur Beausire.

La responsabilité de Dutoit, par rapport à la jument « Sirène » était celle d'un dépositaire (art. 475 et 476 CO.); il était simplement tenu d'apporter dans la garde de la chose déposée la même diligence qu'il apporte dans la garde des choses qui lui appartiennent. C'est à tort que la Cour a admis à la charge de Dutoit une faute, consistant en un défaut de surveillance. Dutoit, d'abord, n'a commis aucune faute personnelle. Il a placé, avec toutes les précautions d'usage, la jument « Sirène » dans la même écurie que ses propres chevaux. Le fait d'avoir été absent le jour de l'accident, ne saurait être reproché à un vétérinaire. Madame Dutoit exerçait la surveillance à sa place, et on pouvait s'attendre aussi de Jaques qu'il s'opposerait à l'enlèvement des juments confiées à Dutoit. On ne peut reprocher à ce dernier de ne s'être pas prémuni contre des éventualités impossibles à prévoir, ni de n'avoir pas pris contre Jaques des précautions spéciales, que ses antécédents ne justifiaient pas.

II. — Il n'y a pas eu non plus de faute commise par une personne dont Dutoit ait à répondre (art. 115 CO.) ; le recou-

rant n'a pas à répondre des fautes de Clavel, qui n'était pas à son service, et le jugement de la Cour ne relève aucune faute à la charge de dame Dutoit. Il n'est pas responsable non plus de la faute de Jaques, qui n'était pas son employé, même temporaire. La perte de la jument, causée par des personnes juridiquement étrangères à Dutoit, doit être envisagée comme le résultat d'un *cas fortuit*, qui, d'après l'art. 476 CO. *a contrario*, éteint l'obligation du dépositaire de restituer l'objet du dépôt.

III. — Subsidiairement, l'indemnité allouée à Beausire doit être réduite, et les dépens répartis entre parties, vu l'exagération de la demande. La Cour n'a pas tenu compte des expertises, et les frais de courses et démarches de Beausire pour trouver un cheval en remplacement ne doivent pas être pris en considération; le demandeur ne pouvait pas amener au service une jument portante, et il aurait dû en tout cas se procurer un autre cheval pour son service militaire en 1895. Eventuellement les frais faits par Beausire ne se sont pas élevés à 200 fr., mais à 100 fr. tout au plus.

IV. — Pour le cas où la demande serait admise, Dutoit reprend ses conclusions contre Clavel. Celui-ci, tout comme Jaques, a commis un acte illicite (CO. art. 50), qui le rend responsable vis-à-vis du recourant. Clavel n'avait aucune qualité pour sortir la jument « Sirène » de l'écurie; il n'était ni employé, ni parent de Dutoit. Il n'a pas voulu rendre un service à Dutoit, qui ne lui en avait point demandé, mais eût-il même agi comme *negotiorum gestor,* qu'il devrait répondre du cas fortuit, à moins de prouver que l'accident serait arrivé sans son immixtion (art. 470 CO.). Il répond en outre, à teneur du même article, de toute négligence; or il en a commis plusieurs, en attelant mal les juments, avec de mauvais bridons, en persistant dans le projet de course malgré les accidents du début, etc. C'est à tort que la Cour cantonale n'a pas trouvé dans ce fait une faute grave. Le rapport de cause à effet entre les fautes de Clavel est manifeste. D'après l'art. 60 CO. Clavel est solidaire avec Jaques; ce

dernier n'étant pas au procès, Clavel doit relever Dutoit entièrement, sauf son recours contre Jaques.

Le demandeur Beausire a répondu, en résumé, comme suit :

Le contrat lié entre Beausire et Dutoit participait du mandat et du dépôt, avec cette circonstance qu'il était salarié dans les deux sens. La vraie question est de savoir, non pas si Dutoit a rempli son obligation de garder la chose déposée « en lieu sûr », mais de savoir s'il remplit son obligation de restituer la chose. En ne le faisant pas, Dutoit est passible de dommages-intérêts, à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable, personnellement ou par le fait de personnes dont il doit répondre (art. 110 et suiv. CO.). Or Dutoit a échoué dans cette preuve. En outre Dutoit répond de la faute de Jaques, qui était son employé. Le fait de Jaques n'est dès lors pas celui d'un « tiers », et ne constitue ainsi pas un cas fortuit. Du reste le fait de Jaques n'a pu se produire que par suite de la faute personnelle (défaut de surveillance) de Dutoit. Au sujet de la quotité des dommages-intérêts, Beausire s'attache à établir que la somme de 1500 fr. à lui allouée, reste plutôt au-dessous du préjudice réel qu'il a subi.

S. Clavel a également présenté ses observations.

Selon lui, la cause qui a eu pour effet la perte de la jument « Sirène » est, aux termes du jugement cantonal, le *choix* de cette jument pour l'atteler ; or ce choix est le fait de Jaques seul, et les actes de Clavel ne sont pour rien dans l'accident. Jaques savait, et Clavel ignorait, que la jument « Sirène » ne devait pas être attelée. Clavel n'avait d'ailleurs pas à donner des ordres à Jaques, qu'il a seulement voulu aider pour rendre service à Dutoit.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1. — Le Tribunal fédéral est à tous égards compétent pour statuer sur le présent recours en réforme.

2. — Le dit recours est dirigé contre la partie du jugement cantonal qui condamne le défendeur dans l'action principale, et contre celle qui écarte sa demande en garantie

contre le sieur Clavel. En revanche la partie du jugement qui écarte la demande en garantie formée contre la Confédération n'est pas attaquée, et le jugement cantonal est passé en force entre le défendeur Dutoit et la Confédération, laquelle se trouve ainsi hors de cause.

3. — En ce qui touche d'abord l'action principale dirigée par Beausire contre Dutoit, celle-ci apparaît comme une demande en dommages-intérêts pour inexécution d'un contrat de dépôt. Selon le demandeur, Dutoit avait reçu la jument « Sirène » en dépôt, il avait l'obligation de la restituer (art. 475 CO.), et comme il se trouve dans l'impossibilité de le faire, il doit des dommages-intérêts aux termes de l'art. 110 *ibidem*, à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable. De son côté Dutoit, sans contester ses obligations de dépositaire, estime qu'il les a remplies, et que la demande de dommages-intérêts formée contre lui doit être écartée, attendu que la chose déposée entre ses mains a péri par cas fortuit, sans qu'aucune faute soit imputable au dit défendeur, par son fait ou par le fait d'autres personnes dont il devrait répondre (*ibidem* art. 115). Les parties admettent ainsi d'un commun accord que le contrat qui les liait était en première ligne et essentiellement un contrat de dépôt, obligeant Dutoit à garder l'animal dont il s'agit et à le restituer plus tard (voir Hafner, *Commentaire sur le CO.*, ad art. 475, note 1). Ce contrat n'est pas sans présenter, dans les circonstances de l'espèce, quelque analogie avec le cas prévu à l'art. 488 du même Code ; cet article est toutefois inapplicable dans le cas actuel, attendu que le vétérinaire Dutoit ne saurait être assimilé au tenancier d'une « écurie publique » dans le sens de cette disposition légale. Aussi bien Dutoit a expressément reconnu qu'il était tenu des obligations du *dépositaire*, à savoir de garder en lieu sûr la jument que le demandeur lui avait confiée, et de la restituer à son propriétaire au moment voulu. L'action intentée à Dutoit se caractérise donc, non point comme *actio de recepto*, mais comme *actio depositi directa*.

4. — L'obligation imposée au propriétaire de garder la

chose en lieu sûr n'est, à la vérité, pas *absolue*, mais elle doit être délimitée selon les circonstances et la nature des choses ; mais il ne suit point de là que le dépositaire, en se bornant à observer à l'égard de la chose confiée à ses soins par des tiers la *diligentia quam suis*, ait satisfait déjà à cette obligation ; il doit veiller, conformément aux prescriptions de l'art. 475 CO., à ce que la dite chose ne soit pas exposée à des accidents ; s'il le néglige, l'accident qui cause la perte de la chose, et, partant, l'impossibilité où le dépositaire se trouve de la restituer, doit être attribué, non point à un cas fortuit, mais à la faute du débiteur.

Il y a lieu de retenir en outre, en ce qui concerne la responsabilité du dépositaire, que lorsque le contrat de dépôt se caractérise comme un contrat lucratif et salarié, la dite responsabilité doit être appréciée sans qu'il y ait lieu d'appliquer la réduction de rigueur que l'art. 113 CO. prévoit lorsqu'il s'agit de contrats gratuits, ne procurant aucun avantage au débiteur, et qu'en matière de contrat salarié, celui-ci est tenu de toute faute.

5. — En appliquant ces principes à l'espèce, le créancier (déposant) ne pouvant obtenir la restitution de sa chose, il a droit à des dommages-intérêts à teneur de l'art. 110 CO. précité, à moins que le débiteur ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable, pas plus qu'à des personnes dont il eût à répondre.

Le défendeur Dutoit, dépositaire, a cherché à rapporter cette preuve en tentant d'établir, d'une part, qu'il avait rempli son obligation de garder la chose en lieu sûr, sans avoir commis aucune faute qui puisse lui être imputée aux termes du prédit art. 110, et, d'autre part, que si malgré cela il se trouvait dans l'impossibilité de restituer la chose déposée, c'était ensuite d'un acte illicite commis par des tiers, et assimilable à un cas fortuit.

La Cour civile vaudoise a estimé que Dutoit avait échoué dans la tentative de prouver qu'aucune faute ne lui était imputable, et elle a écarté, en conséquence, les deux moyens susmentionnés.

Cette décision apparaît comme justifiée, aussi bien en présence des faits de la cause, que conformément aux principes de droit énoncés plus haut. En effet :

a) En ce qui concerne l'obligation de garder en lieu sûr la chose déposée, la Cour constate que Dutoit n'a pas exercé ou fait exercer la surveillance nécessaire pour que la jument « Sirène » ne pût pas être sortie de l'écurie et employée par des tiers, comme cela a eu lieu, et que la perte de cet animal a eu pour cause ce défaut de surveillance. Ces constatations de fait, concordantes d'ailleurs avec les données de la procédure, lient le Tribunal fédéral.

C'est en vain que Dutoit objecte qu'il avait pris toutes les précautions usuelles et indiquées par les circonstances, entre autres en tenant les portes de l'écurie fermées et en interdisant d'atteler les juments poulinières, que son absence le jour de l'accident n'était pas une faute, puisqu'il avait remis la surveillance de la maison à sa femme, et, enfin, que rien n'exigeait qu'il prît à l'égard du palefrenier Jaques des précautions spéciales. Ces objections doivent tomber devant le fait indéniable que la jument « Sirène » n'était pas surveillée, ni gardée, au moment où le prédit Jaques est venu la sortir de l'écurie pour l'atteler. Si les portes de l'écurie ne pouvaient, comme l'a allégué le défendeur, être fermées à clef vu le danger d'incendie, celui-ci eût dû pourvoir à ce que, malgré cette circonstance, les juments ne pussent pas être sorties et employées comme cela a été le cas le jour de l'accident. En ce qui concerne, en particulier, le palefrenier Jaques, il est au moins vraisemblable qu'une défense expresse, à lui adressée par Dutoit, d'atteler ces animaux, aurait suffi pour l'empêcher d'en disposer comme il l'a fait, et, par conséquent, pour éviter l'accident. Or Dutoit n'a point établi qu'une défense semblable ait été intimée par lui directement et personnellement à Jaques, ce qui pourtant eût été particulièrement indiqué, vu la nature des fonctions de celui-ci auprès de l'étalon Kronprinz, qui le mettaient en relation fréquente avec les bêtes stationnées dans l'écurie du défendeur. Il y avait même un motif particulier de prendre des

précautions spéciales à l'égard de Jaques, qui avait contrevenu déjà une fois à des ordres qu'il avait reçus, en montant l'étalon Kronprinz.

Dutoit n'a point satisfait à son obligation de garder la chose « en lieu sûr » en se bornant à observer à l'égard des juments poulinières confiées à ses soins par des tiers la même surveillance que celle qu'il exerçait sur ses propres chevaux. Si cette surveillance était défectueuse, ainsi que le démontre le fait qu'un autre cheval a été attelé avec « Sirène » le jour de l'accident, il va sans dire que cette circonstance ne saurait amoindrir l'obligation qui incombait à Dutoit de veiller à ce que les chevaux à lui confiés par des tiers fussent, eux au moins, gardés *en lieu sûr*, conformément aux prescriptions de l'art. 475 CO., c'est-à-dire de manière à ne pas être exposés, — notamment par un attelage intempestif comme celui auquel « Sirène » a été soumise dans l'espèce, — à des accidents de la nature de celui dont cet animal a été victime.

C'est dès lors avec raison que la Cour cantonale a admis que Dutoit n'avait pas rempli l'obligation susmentionnée, et qu'il avait commis une faute personnelle, en n'exerçant pas la surveillance commandée par les circonstances.

L'existence de cette faute personnelle de Dutoit devant être admise, il n'y a pas lieu de rechercher s'il pourrait être rendu responsable de la faute d'autres personnes, notamment de Jaques, en vertu de l'art. 115 CO.

b) Dans cette situation, et en vertu des mêmes principes susrappelés, il est évident que Dutoit ne peut pas davantage établir que la perte de la jument doive être attribuée à un cas fortuit, dont il ne serait pas responsable. Il est, en effet, constant que si Jaques a pu sortir la jument « Sirène », et l'utiliser pour la course où elle a péri, c'est par suite du défaut de surveillance signalé, c'est-à-dire d'une *faute* imputable à Dutoit, lequel demeure dès lors responsable de l'impossibilité où cette faute l'a mis d'exécuter son obligation, et passible de dommages-intérêts envers le demandeur.

6. — Relativement à la quotité des dommages-intérêts à

allouer au demandeur, la Cour cantonale a arbitré cette somme à 1500 fr. en tout, tant pour la valeur de la jument perdue que pour les frais des courses et démarches du demandeur, sans que le jugement de la Cour fasse le départ de la somme afférente à chacun de ces deux éléments de dommage.

Cette somme de 1500 fr. apparaît comme tenant un compte équitable de ces divers facteurs, que l'instance cantonale paraît d'ailleurs le mieux placée pour apprécier dans l'espèce. Ce chiffre ne semble point exagéré, si l'on prend en considération, d'un côté, que la jument « Sirène » avait été estimée, en 1894, 1250 fr. par les experts militaires fédéraux et que son propriétaire en avait refusé 1800 fr. dans le courant de 1892, et, d'un autre côté, que le demandeur Beausire a eu en réalité, comme le constate le jugement cantonal, à supporter de nombreux frais de course à Berne et à Thoune, et pertes de temps, en vue de remplacer « Sirène » pour le rassemblement du 1er corps d'armée en août 1895. D'ailleurs il convient de rappeler aussi que la somme de 1500 fr. comprend encore un élément de dommage dont la Cour civile ne tient pas compte, ou tout au moins ne mentionne pas expressément, à savoir les frais payés par Beausire à Dutoit pour le prix des saillies et les frais d'envoi de la jument à Aigle.

7. — Pour ce qui a trait à l'action en garantie dirigée par le défendeur et recourant Dutoit contre Clavel, Dutoit cherche à démontrer que les agissements de Clavel, mentionnés dans les faits du présent arrêt, constituent une faute grave engageant la responsabilité de celui-ci vis-à-vis du dit recourant, à teneur de l'art. 50 CO.

La manière dont Dutoit présente les faits qu'il reproche à Clavel est toutefois en contradiction avec le jugement de la Cour, lequel déclare expressément « qu'il n'existe aucune faute à la charge de Clavel, dont le rôle s'est borné à entrer dans la cour des époux Dutoit, dont il est le voisin et parent, à aider Jaques à sortir un char à pont de cette cour, et à atteler les juments à ce char, puis à l'accompagner sur ce véhicule, où il avait pris place de côté et en arrière ; qu'il

n'est point démontré que Clavel ait causé aucun dommage, et que le fait dommageable était l'œuvre de Jaques seul, et ne résultait pas de la participation des deux évoqués en garantie. »

En présence de ces constatations du jugement cantonal, qui ne sont pas contraires aux pièces de la procédure, et qui lient dès lors le tribunal de céans, et vu la circonstance, également constatée par l'instance cantonale, que l'acte dommageable, la cause déterminante de l'accident, soit le fait d'avoir sorti « Sirène » de l'écurie, pour l'atteler et la conduire dehors, doit être attribué à Jaques exclusivement, — il faut reconnaître, avec les premiers juges, que Clavel n'a causé un dommage à Dutoit ni seul (art. 50 CO), ni en coopération avec une autre personne (art. 60 *ibid.*). A cela s'ajoute la circonstance que l'élément subjectif, soit la faute, n'existe pas non plus à la charge de Clavel, le jugement de la Cour déclarant qu'il n'y a eu de la part de celui-ci ni dessein, ni négligence, ni imprudence. Les premiers juges ont évidemment considéré Clavel comme n'ayant déployé aucune initiative, et par conséquent comme irrecherchable au regard des agissements qui ont causé l'accident. Cette appréciation, qui n'est point en contradiction avec les actes, appartenait au juge du fait, et le Tribunal fédéral n'a pas pour mission de la reviser.

8. — Enfin c'est sans aucun fondement que Dutoit, s'emparant de l'excuse présentée par Clavel consistant à dire qu'il avait cru *rendre service* à son voisin Dutoit, prétend que dans ce cas Clavel devrait répondre comme *negotiorum gestor*, aux termes des art. 469 et suiv. CO.

En effet la Cour cantonale n'a pas libéré Clavel par le motif qu'il aurait rendu service au recourant, mais uniquement, comme il vient d'être dit, parce qu'il n'avait commis aucune faute ni causé aucun dommage. Le recours sur ce point porte ainsi sur un motif qui n'existe point dans le jugement attaqué, et qui n'avait pas à y figurer, Clavel n'ayant jamais été recherché par Dutoit en vertu d'un prétendu contrat de gestion d'affaires, mais seulement en application des

art. 50 et suiv. du code susvisé. Le recourant ne serait en tout cas point recevable à modifier, devant l'instance de céans, les bases sur lesquelles il a exclusivement fondé sa demande.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est écarté et le jugement rendu entre parties par la Cour civile du canton de Vaud, le 9 avril 1897, est maintenu tant au fond que sur les dépens.

---

113. *Arrêt du 12 juin 1897 dans la cause Verent contre Ziegler.*

A. Au mois d'août 1896, MM. Bachofen et Muller, marchands de chevaux à Winterthour, détenaient dans leurs écuries un cheval de race anglaise (hunter), désigné sous le nom de « Capitaine », appartenant au lieutenant de cavalerie Richard Ziegler, de Schaffhouse, demeurant à Vienne (Autriche). A cette époque le sieur A. Vernet, de Genève, vint à Winterthour et acheta un cheval de Bachofen et Muller. A cette occasion il vit aussi et essaya à plusieurs reprises le cheval « Capitaine » et fit une offre à son propriétaire, qui l'avait acheté l'année précédente en Angleterre pour le prix de 3750 fr. Aucun marché ne fut cependant conclu à ce moment-là entre Ziegler et Vernet.

Le 20 août Ziegler se rendit à Aarau avec son cheval pour prendre part à une école de recrues de cavalerie. Son cheval fut examiné à l'entrée au service par les experts militaires qui lui attribuèrent la taxe maxima admissible d'après les règlements de 1800 fr. Le procès-verbal de visite porte que « Capitaine » est âgé de huit ans et, sous la rubrique tares et défauts : Suros canon antérieur gauche interne et genou droit interne, — légèrement brassicourt, — engorgement du tendon fléchisseur antérieur droit, — capelets, molettes, vessigons, chardon à droite, — goître.

Le 23 août A. Vernet se rendit à Aarau, essaya de nouveau le cheval de Ziegler et l'acheta pour le prix de 4000 fr., sous la condition que Bachofen et Muller délieraient l'acheteur de la vente passée avec eux. Au moment de la conclusion du marché, qui eut lieu verbalement, Ziegler déclara que « Capitaine » était âgé de huit ans. A. Vernet ayant demandé à ce sujet l'avis du vétérinaire Zimmermann, — qui se trouvait présent, — celui-ci répondit que selon lui le cheval était âgé de huit ans.

Le même jour, 23 août, le dit cheval fut examiné de nouveau par les experts militaires en vue de sa sortie du service et trouvé parfaitement sain, c'est-à-dire dans le même état qu'à son entrée au service trois jours auparavant.

MM. Bachofen et Muller ayant consenti à délier Vernet de ses engagements vis-à-vis d'eux, ce dernier, déjà rentré à Genève, leur télégraphia le 24 août : « J'achète cheval Ziegler et me considère comme absolument dégagé du noir. » Il télégraphia en même temps à Ziegler de lui envoyer le cheval le 26 ou le 28 et, par lettre du même jour, il confirma cette dépêche en ajoutant entre autres : « Il est entendu que le cheval est vendu 4000 fr. rendu franco Genève, et comme je vais être absent huit jours à partir du 29, vous me permettrez de ne vous envoyer cette somme que le 7 septembre. Puisque le cheval est à moi, je vous prie de vouloir bien me dire très franchement quels sont ses défauts, etc. »

Le cheval fut amené à Genève le 26 août par le domestique de Ziegler et le même jour Vernet informa Ziegler de son arrivée en déclarant qu'il lui avait fait l'effet d'être en très bon état. Trois jours plus tard, soit le 29 août, Vernet écrit à Ziegler qu'il a remarqué le matin même que le cheval boitait de la jambe droite de devant et qu'ayant fait appeler son vétérinaire habituel, celui-ci avait constaté que cette boiterie provenait de formes à la couronne du pied droit antérieur et, en outre, que le cheval était âgé de dix ans au moins. Il déclarait en conséquence ne pouvoir accepter le cheval, qu'il laissait à la disposition du vendeur.

Ziegler répondit par lettre du 31 août, dans laquelle il fait observer que les experts fédéraux qui avaient examiné le

cheval deux jours avant le marché n'avaient constaté ni boiterie ni formes, qu'au moment du marché le vétérinaire Zimmermann l'avait aussi déclaré sain et qu'aussi longtemps que lui, Ziegler, l'avait eu en sa possession, il avait toujours bien fait son service.

Il affirmait en outre que le cheval était devenu la propriété de l'acheteur du jour de la conclusion du marché, ce que Vernet lui-même aurait reconnu dans sa lettre du 24 août et dans sa dépêche à Bachofen et Muller.

Vernet répliqua le 2 septembre en déclarant qu'il ne contestait pas avoir reconnu qu'il avait acheté le cheval, mais que ce qu'il contestait, c'était qu'un cheval pût prendre les « formes » dans l'espace de 24 heures. Il faisait à Ziegler la proposition de soumettre le cas à des experts, ou, s'il le préférait, de lui payer une sérieuse indemnité et de lui renvoyer le cheval franco.

Ziegler ne répondit pas directement à cette lettre, mais remit le soin de ses intérêts à l'avocat Frauenfelder, à Schaffhouse, qui, par lettre du 5 septembre, fit savoir à Vernet que Ziegler entendait maintenir le contrat et que dès le 7 septembre il réclamerait juridiquement le paiement du prix convenu. Il ajoutait qu'alors même que les réclamations de l'acheteur seraient fondées en fait, le vendeur ne serait pas tenu à garantie en vertu de la loi.

Le 15 septembre, Vernet requit du Président du tribunal de première instance la désignation d'un expert aux fins de constater l'âge du cheval et les « formes » dont il était atteint. Le vétérinaire Olivet, désigné à cet effet, déclara dans son rapport, en date du 19 septembre, que le cheval avait dix ans au minimum et qu'il était atteint de formes au membre droit antérieur.

B. Par exploit du 2 octobre 1896, Ziegler ouvrit action à Vernet pour le faire condamner à lui payer, avec l'intérêt dès le 7 septembre 1896 et les dépens, la somme de 4000 fr. pour prix du cheval vendu et livré.

Vernet conclut avec dépens à libération des fins de la demande et à la condamnation du demandeur en 1000 fr. de

dommages-intérêts, offrant de prouver, tant par titres que par témoins, notamment :

1° Que Ziegler avait pris l'engagement formel de lui livrer un cheval de huit ans, absolument sain à tous égards.

2° Que le cheval expédié par Ziegler était âgé d'au moins dix ans.

3° Qu'il présentait au membre antérieur droit des « formes » le rendant, actuellement, impropre à tout usage et occasionnant une boiterie.

4° Que les formes avaient été constatées dès l'arrivée du cheval à Genève.

5° Que la dent du cheval avait été burinée de façon à lui donner un aspect plus jeune.

En droit le défendeur soutenait que les formes, de même que l'âge du cheval supérieur à celui affirmé au moment de la vente, étaient des défauts de la chose vendue justifiant la résiliation du marché en vertu des art. 243 et 249 CO. Il invoquait aussi l'art. 24 *ibidem*.

A l'encontre de ces griefs, le demandeur fit valoir qu'à teneur de la loi argovienne de 1892 concernant la garantie des défauts dans le commerce des bestiaux, loi applicable dans le cas particulier, il ne serait dû de garantie que si elle a été convenue par écrit entre parties, ce qui n'avait pas eu lieu dans l'espèce.

C. Le Tribunal de première instance de Genève a estimé qu'il fallait distinguer entre les deux causes de la résistance du défendeur, savoir l'existence d'un défaut du cheval vendu consistant en ce que celui-ci serait atteint de « formes, » et l'absence d'une qualité promise consistant en ce que le cheval aurait un âge plus élevé que celui indiqué lors de la vente. Quant au défaut, le tribunal a déclaré le défendeur non recevable à s'en prévaloir, attendu que, à supposer que la loi argovienne fût applicable, l'acheteur ne serait pas tenu à garantie faute d'une promesse écrite, et parce que, en admettant que la loi genevoise dût faire règle, le défendeur serait déchu de son bénéfice faute d'avoir agi dans le délai qu'elle prescrit. En ce qui concerne la qualité promise, le tribunal a

considéré que les art. 243 et suiv. CO. étaient applicables, parce que l'art. 890 CO. réserverait le droit cantonal quant aux vices redhibitoires seulement, mais pas quant aux qualités promises, que toutefois le défendeur n'avait pas fait la preuve que le cheval lui eût été vendu comme n'ayant que huit ans, mais que ses dires n'étaient cependant pas dénués de vraisemblance ; en conséquence le tribunal a décidé, par jugement préparatoire du 18 décembre 1896, de déférer le serment à Ziegler sur la question de savoir si, lors de la vente, il avait été question de l'âge du cheval et s'il avait affirmé à l'acheteur que le dit cheval n'avait que huit ans.

Ziegler accepta le serment déféré et répondit comme suit à la question posée :

« Lors du contrat, M. Vernet émit des doutes sur l'âge du cheval en examinant les dents ; je lui ai dit : Je vous assure que le cheval n'a pas plus de huit ans ; cela résulte soit d'un certificat anglais, soit de procès-verbaux militaires. Je n'estime pas avoir garanti l'âge. »

A la suite de cette prestation de serment, le tribunal, reprenant l'examen de la cause et répondant tout d'abord aux critiques du défendeur touchant les considérants du jugement du 18 décembre 1896 relatifs au moyen tiré des « formes » dont le cheval vendu était affecté, a déclaré la loi genevoise sur les vices redhibitoires inapplicable en la cause, attendu qu'elle ne vise que les marchés conclus sur le territoire genevois. Il a admis, d'autre part, que l'affirmation émise par Ziegler au moment du contrat relativement à l'âge du cheval constituait la promesse d'une qualité et que, à défaut de réalisation de cette promesse, Vernet serait fondé à demander la résiliation de la vente ou la réduction du prix (art. 243 CO.). Mais l'âge du cheval étant contesté et les parties se prévalant d'avis contradictoires, le tribunal, par un second jugement préparatoire du 27 janvier 1897, a commis le sieur Monnard, vétérinaire à Carouge, en qualité d'expert aux fins d'examiner le cheval litigieux au point de vue de son âge et, dans le cas où il serait âgé de plus de huit ans, dire dans quelle mesure il se trouvait déprécié par suite de cet excédent d'âge.

L'expert ainsi désigné déposa le 6 février un rapport dans lequel il conclut que le cheval est âgé de dix ans et estime à 800 fr. sa dépréciation à raison de ce fait.

A l'appui de ses affirmations touchant l'âge du cheval et son état au moment de la vente au défendeur, le demandeur avait versé au dossier une série de déclarations et rapports, notamment de son propre vendeur et d'un vétérinaire anglais affirmant que le cheval avait sept ans en mai 1895, de Bachofen et Muller et des vétérinaires Zimmermann, à Sursee, et Gräub, à Berne.

De son côté le défendeur avait produit à l'appui de ses griefs le rapport du vétérinaire Olivet et une déclaration du vétérinaire Floccard, qui avait examiné le cheval peu de jours après son arrivée à Genève.

Par jugement du 3 mars 1897, le tribunal, admettant les conclusions des rapports Olivet et Monnard concernant l'âge du cheval et faisant application des art. 243 et suiv. CO., prononça la résolution de la vente passée entre parties, débouta en conséquence le demandeur de ses conclusions et le condamna aux dépens, tout en repoussant également la conclusion reconventionnelle du défendeur.

D. Ensuite d'appel, la Cour de justice civile, par arrêt du 12 mai 1897, a réformé les deux jugements préparatoires des 18 décembre 1896 et 27 janvier 1897 en ce qu'ils avaient déféré le serment au demandeur et ordonné une expertise à propos d'une demande non recevable en droit, puis elle a réformé dans son entier le jugement du 3 mars 1897, écarté les conclusions du défendeur et condamné celui-ci à payer au demandeur 4000 fr., avec intérêts dès la demande juridique et suite de dépens.

Cet arrêt est motivé en substance comme suit :

Il est constant que le marché litigieux a été conclu à Aarau. Par sa lettre du 24 août à Ziegler, dans laquelle il disait : « Puisque le cheval est à moi, je vous prie, etc., » Vernet reconnaissait que le dit cheval lui appartenait par le fait seul de la réalisation de la condition relative à Bachofen et Muller. La conclusion du contrat à Aarau étant admise, il en résulte que tout recours en garantie de la part de l'acheteur à raison

des défauts de l'animal vendu est subordonné aux dispositions de la loi argovienne. En effet les lois cantonales dont l'application est réservée par l'art. 890 CO. sont celles du canton dans lequel le marché est conclu. Or la loi argovienne du 29 novembre 1892 statue dans son paragraphe 1er que le canton d'Argovie se retire du concordat du 5 août 1852 et, dans son paragraphe 2me, dispose ce qui suit: « Dans le commerce des bestiaux (chevaux, ânes, etc.), il n'est dû de garantie à raison des défauts que si elle a été convenue par écrit entre parties. » Cette disposition s'applique, d'après la doctrine et d'après la jurisprudence des tribunaux argoviens, non seulement à la garantie des défauts proprement dits de l'animal vendu, mais aussi à la garantie de l'existence des qualités promises. Il suit de là qu'en droit, vu l'absence de toute garantie stipulée par écrit, Vernet n'est pas recevable à se prévaloir contre son vendeur des défauts ni du manque de qualités du cheval vendu. Au surplus, il n'est pas établi en fait qu'au moment de la conclusion du marché le cheval fût atteint de « formes. » Il n'est pas non plus établi en fait soit que le vendeur ait garanti verbalement à l'acheteur que le cheval ne fût âgé que de huit ans, soit qu'au moment du marché le dit cheval fût en réalité âgé de dix ans. Touchant ce dernier point, les déclarations des divers vétérinaires consultés sont contradictoires et les éléments d'information les moins incertains ont été fournis par Ziegler. Enfin il ne résulte d'aucun des documents de la cause que l'âge de huit ans attribué au cheval et l'affirmation du vendeur à cet égard aient été la condition essentielle et déterminante du marché.

E. A. Vernet a, en temps utile, déclaré recourir au Tribunal fédéral contre l'arrêt de la Cour de justice de Genève dont il demande la réforme en ce sens:

Que le demandeur soit débouté de ses conclusions en paiement de 4000 fr.

Que la vente litigieuse soit déclarée résiliée.

Que le demandeur soit condamné à tous les dépens, y compris les frais de fourrière, et à mille francs de dommages-intérêts.

Subsidiairement, que les conclusions en offre de preuves et en expertise prises par le recourant devant les instances cantonales lui soient adjugées.

Le représentant de l'intimé a conclu au rejet du recours avec suite de dépens.

Vu ces faits et considérant en droit :

1. — La question au fond que soulève le présent litige consiste à savoir si le sieur Ziegler est tenu de garantir le sieur Vernet à raison d'un défaut et de l'absence d'une qualité prétendue promise du cheval qu'il lui a vendu le 23 août 1896 à Aarau.

La dernière instance cantonale a estimé qu'étant donnée la réserve du droit cantonal inscrite à l'art. 890 CO., cette question doit être résolue en application de la loi du lieu du contrat, soit de la loi argovienne du 29 novembre 1892.

Le recourant soutient au contraire que les prescriptions de la législation genevoise sont seules susceptibles en principe d'être appliquées au contrat litigieux. Mais en fait les dispositions de la loi genevoise sur les vices redhibitoires, du 2 avril 1859, ne s'appliquent pas aux cas de garantie invoqués par le recourant, et dès lors c'est le droit commun, soit les art. 243 et suiv. CO. qui doivent faire règle dans le cas particulier.

2. — Il convient d'examiner tout d'abord quelle est la portée de l'art. 890 CO.

Le texte français de cet article est ainsi conçu : « Dans le commerce des bestiaux (chevaux, ânes, etc.), on appliquera en matière de vices redhibitoires, et jusqu'à la promulgation d'une loi fédérale sur ce sujet, soit les lois cantonales, soit le concordat en vigueur. » Le texte allemand, traduit littéralement, dit : « Dans le commerce des bestiaux, les prescriptions des législations cantonales, soit du concordat sur les vices redhibitoires (Viehhauptmängel) feront règle relativement à la garantie à raison des défauts (Mängel) jusqu'à etc. »

Ainsi que le Tribunal fédéral l'a déjà constaté dans son arrêt du 25 septembre 1896 en la cause Bloch contre de

Gulich (*Rec. off.* XXII, page 868) cette disposition n'a pas pour but d'exclure la matière dont elle s'occupe du champ d'application du droit mobilier unifié et de l'abandonner purement et simplement à la compétence législative des cantons; elle se borne à réserver les prescriptions spéciales, existantes ou à promulguer, des législations cantonales jusqu'au moment où une loi fédérale spéciale sera mise en vigueur. Dès lors ce sont les dispositions du Code fédéral des obligations qui doivent faire règle lorsqu'il n'existe pas de prescriptions spéciales de la législation cantonale ou que ces prescriptions, soit celles du concordat, sont inapplicables, comme c'était le cas dans l'espèce Bloch contre de Gulich.

L'interprétation de l'art. 890 CO. soulève une seconde question qui est de savoir si la réserve des lois cantonales n'a trait qu'à la garantie à raison des défauts de la chose vendue et plus spécialement à raison de ceux qualifiés par la loi ou le concordat de vices redhibitoires, ou bien si, au contraire, elle a trait à la garantie de tous les défauts quelconques et même à celle des qualités promises.

Le Tribunal supérieur du canton de Zurich a jugé que la réserve faite par l'art. 890 ne concerne que les vices redhibitoires légaux, c'est-à-dire désignés dans les lois cantonales ou le concordat du 15 août 1852 (Voir *Rechenschaftsbericht*, 1885, N° 50 et *Revue de jurispr. féd.* Vol. III, N° 168). La Cour d'appel du canton de Berne a jugé au contraire que l'art. 890 CO. ne distingue pas entre la garantie des vices redhibitoires et celle des qualités promises, d'où il résulterait qu'il laisse à la législation cantonale le soin de régler ces deux garanties. (Voir *Zeitsch. d. bern. Jur. Ver.*, vol. XXXIII, page 33 et suiv.)

La première opinion peut invoquer en sa faveur le texte français de l'art. 890 qui parle de vices redhibitoires et semble indiquer par ces mots les défauts du bétail désignés par les lois cantonales ou le concordat comme des causes de résiliation des ventes de bétail. Mais cet argument perd toute valeur si l'on considère que le texte allemand de l'art. 890, qui est le texte original, parle simplement de la garantie

des défauts (Mängel) et évite le terme de « Viehhauptmängel, » qui est celui employé par le concordat du 15 août 1852 et correspond aux termes français de vices redhibitoires. Il est à remarquer en outre que l'art. 243 CO., qui dispose que le vendeur est tenu de garantir l'acheteur tant à raison des qualités promises qu'à raison des défauts qui enlèvent à la chose sa valeur ou son utilité prévue, se trouve placé sous la rubrique « de la garantie des défauts de la chose vendue, » dans laquelle le mot défaut désigne par conséquent non seulement les défauts proprement dits, mais aussi l'absence de qualités promises.

La manière de voir admise par la Cour d'appel de Berne se justifie d'autre part par la considération qu'il n'y a pas de différence fondamentale entre le cas où la chose vendue se trouve privée de qualités expressément promises et celui où, ayant été vendue sans indication de qualités spéciales et acceptée tacitement comme normale et de qualité moyenne, elle se trouve ensuite affectée de défauts, c'est-à-dire privée de qualités tacitement admises comme existantes. Dans les deux cas il s'agit de défauts de la chose vendue, le défaut n'étant pas autre chose que l'absence d'une qualité, et l'on ne voit pas pour quel motif l'art. 890 CO. ne devrait s'appliquer qu'à la seule garantie des défauts consistant dans l'absence de qualités tacitement admises. Le sens de cette disposition résulte d'ailleurs de son but. Tandis qu'il réglait aux art. 243 et suiv. CO. ce qui a trait à la garantie des défauts (et des qualités promises) dans la vente mobilière en général, le législateur fédéral a entendu réserver, en ce qui concerne le commerce du bétail, les dispositions existantes ou à promulguer des législations cantonales. Déjà à l'époque de l'adoption du CO., certaines législations cantonales excluaient dans le commerce du bétail toute autre garantie que celle donnée par écrit, et cela aussi bien en ce qui concerne les qualités promises de l'animal vendu que ses défauts proprement dits. (Voir loi lucernoise du 16 septembre 1867). Or rien n'indique que ces prescriptions des législations cantonales ne fussent pas entièrement comprises dans la réserve

de l'art. 890 CO. et que l'entrée en vigueur de ce Code dût avoir pour effet de les abroger en tant qu'elles exigeaient la forme écrite, contrairement aux art. 243 et suiv. CO., pour toute promesse de qualité. On doit donc admettre que la réserve de l'art. 890 s'applique à la garantie des défauts au sens large, c'est-à-dire à la garantie des qualités promises aussi bien que des défauts proprement dits.

3. — Le sens de l'art. 890 étant ainsi fixé, il reste à savoir quel droit cantonal était applicable dans l'espèce à la garantie réclamée par l'acheteur.

L'instance supérieure cantonale a estimé que la vente conclue le 23 août 1896 à Aarau tombait sous le coup de la loi argovienne. On pourrait se demander si cette question elle-même ne doit pas être appréciée d'après les principes du droit cantonal et n'échappe pas, dès lors, à la compétence du Tribunal fédéral. Mais cette discussion n'aurait aucun intérêt pratique, attendu que, même au point de vue du droit fédéral, on doit admettre que la loi argovienne est applicable à la garantie réclamée par sieur Vernet parce qu'elle est la loi du lieu où le contrat devait être exécuté. Il est vrai que le cheval vendu devait être et a été amené à Genève par le domestique du vendeur et aux frais de ce dernier. Il suit de là que Genève était le lieu de destination du cheval, mais non pas nécessairement aussi le lieu d'exécution du contrat. A teneur de l'art. 84 CO., le lieu où l'obligation doit être exécutée est déterminé tout d'abord par la volonté des parties. Dans le doute, lorsqu'il s'agit d'une chose déterminée, la délivrance doit être faite dans le lieu où se trouvait la chose au temps du contrat (art. 84, chiffre 2). Or le cheval vendu par Ziegler à Vernet se trouvait à Aarau au moment de la vente. L'acheteur lui-même paraît avoir reconnu que cette ville était bien le lieu d'exécution du contrat. Le 24 août, alors que le cheval était encore à Aarau, il écrivait au vendeur: « Puisque le cheval est à moi, je vous prie de vouloir bien me dire, etc. » Il considérait donc le dit cheval d'ores et déjà comme sa propriété, ce qui ne peut s'expliquer que si l'on admet qu'il partait du point de vue que, de la part du

vendeur, le contrat se trouvait exécuté à Aarau. Cette localité étant donc bien le lieu d'exécution du contrat en même temps que celui de sa conclusion, et les faits de la cause ne fournissant pas d'indices d'où l'on puisse conclure que les parties aient entendu soumettre leur convention au droit d'un autre lieu, il suit de là qu'en vertu des principes admis touchant l'empire du droit quant au lieu, c'est le droit en vigueur à Aarau qui doit être appliqué à la solution du litige.

4. — Or la loi argovienne du 29 novembre 1892, concernant le retrait du canton d'Argovie du concordat du 15 août 1852, dispose à son § 2 que « dans le commerce des bestiaux (chevaux, ânes, etc.) il n'est dû de garantie à raison des défauts (Mängel) que si les parties en sont convenues par écrit. » L'instance supérieure genevoise a interprété cette disposition, en s'appuyant sur la jurisprudence des tribunaux argoviens, en ce sens qu'elle exige un engagement écrit pour la garantie non seulement des défauts proprement dits, mais aussi des qualités promises.

Il n'appartient pas au Tribunal fédéral de revoir cette interprétation, et comme elle est exclusive de toute application du droit fédéral à la demande de garantie de sieur Vernet, il en résulte que le Tribunal fédéral est incompétent pour examiner le recours dirigé contre l'application en la cause de la loi argovienne par l'instance supérieure genevoise.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est écarté dans le sens des considérants qui précèdent.

---

114. Urteil vom 5. Juni 1897 in Sachen Zellweger gegen Dietrich.

A. Durch Urteil vom 27. März 1897 hat die Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich erkannt: Die Forderung der Beklagten von 8500 Fr. wird aberkannt und die provisorische Rechtsöffnung vom 28. Oktober 1896 aufgehoben.

B. Gegen dieses Urteil hat die Beklagte die Berufung an das Bundesgericht ergriffen und den Antrag gestellt, es sei in Aufhebung desselben die Klage im ganzen Umfange abzuweisen.

In der heutigen Hauptverhandlung erneuert der Anwalt der Beklagten diesen Antrag. Der Anwalt der Klägerin beantragt Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Am 10. Juni 1896 hatte die Klägerin in Zürich ihrem Sohne Leon Dietrich ein schriftliches Schuldbekenntnis folgenden Inhalts ausgestellt: „Reçu de Monsieur Léon Dietrich la „somme de huit mille cinq cents francs (8500 fr.), à raison „de 3 pour cent payable tous les trois mois. (sig.) S. Diet„rich Vve. Léon Dietrich, Sihlquai N° 67.“ Die hier verurkundete Forderung trat Leon Dietrich am 12. August 1896 in Nancy an den dort wohnenden Versicherungsinspektor Schmidt ab, indem er ihm den Schuldschein mit der darunter gesetzten Bemerkung: „Passé à Mr. Schmidt, inspecteur d'assurances, 109, rue „St-Georges, Nancy, ou à son ordre valeur reçu comptant“, behändigte. Mittels Cessionsscheines, datiert den 12. Oktober 1896, trat Schmidt seinerseits die Forderung von 8500 Fr. auf die Klägerin der Beklagten ab. Diese letztere betrieb die Klägerin für den genannten Betrag von 8500 Fr. nebst 3 % Zins vom 10. Juni 1896 bis 13. Oktober 1896 und von da an zu 5 %. Der Rechtsvorschlag der Klägerin wurde durch Verfügung des Audienzrichters des Bezirksgerichts Zürich vom 28. Oktober 1896 beseitigt mit der Begründung, der von der Beklagten vorgelegte Schuldschein vom 10. Juni 1896 zu Gunsten des Leon Dietrich, welcher durch Cession auf die Beklagte übergegangen sei, enthalte

eine Schuldanerkennung im Sinne des Art. 82 des Sch. und K.-Gesetzes, gestützt auf welche provisorische Rechtsöffnung zu gewähren sei. Hierauf erhob die Klägerin beim Bezirksgericht Zürich Klage auf Aberkennung der von der Beklagten geltend gemachten Forderung, indem sie im wesentlichen ausführte: Der Urkunde vom 10. Juni 1896 liege ein wirkliches Schuldverhältnis nicht zu Grunde. Die Cession Leon Dietrichs an Schmidt sei ferner eine simulierte gewesen. In Wahrheit habe es sich zwischen diesen beiden nur um ein Inkassomandat gehandelt, Schmidt habe dem L. Dietrich denn auch höchstens 150 Fr. bezahlt. Zudem habe L. Dietrich, als er in die Schweiz zurückgekehrt sei, dem Schmidt den Auftrag erteilt, den Inkasso einzustellen und ihm mitgeteilt, er wünsche, daß dieses Mandatsverhältnis gelöst und Rechnung gestellt werde. Eventuell wäre die Cession nach französischem Rechte, welches hier Anwendung finde, mangels formeller Einregistrierung und Signifikation ungültig. Durch Urteil vom 24. Dezember 1896 hat das Bezirksgericht Zürich die Aberkennungsklage abgewiesen, indem es darauf abstellte, daß die Beklagte als gutgläubiger Cessionar des Schmidt im Besitze eines schriftlichen Schuldbekenntnisses der Klägerin sich befinde, und ihr deshalb die Einrede, daß die Cession an Schmidt simuliert sei, nicht entgegengehalten werden könne. Vor zweiter Instanz erneuerte die Aberkennungsklägerin ihr Klagebegehren, und produzierte eine vom 16. September 1896 datierte schriftliche Erklärung Leon Dietrichs, daß die 8500 Fr., welche er seiner Mutter Witwe L. Dietrich am 10. Juni 1896 geliehen habe, vor Ablauf von 3 Jahren, von der Ausstellung dieser Erklärung an, nicht aufkündbar seien, und diese hiermit jede bis jetzt gemachte Kündigung annuliere; immerhin stehe es der Schuldnerin frei, die Schuld früher ganz oder teilweise zu tilgen. Der Anwalt der Beklagten protestierte gegen die Einlegung dieser Erklärung; sie wurde jedoch gleichwohl zu den Akten genommen, und nachdem die Klägerin die Berufung gegen das obergerichtliche Urteil ergriffen hatte, mit denselben dem Bundesgerichte übermittelt. Die zweite Instanz ging von folgenden Erwägungen aus: Die Einreden, daß der Urkunde vom 10. Juni 1896 ein wirkliches Schuldverhältnis nicht zu Grunde liege, und die Cession von L. Dietrich an Schmidt

und diejenige von diesem an die Beklagte nicht in den nach französischem Recht vorgeschriebenen Formen erfolgt sei, brauchen deshalb nicht erörtert zu werden, weil die weitere Einwendung der Klägerin als begründet erklärt werden müsse, daß die Cession des ursprünglichen Gläubigers Leon Dietrich an Schmidt in Wirklichkeit nichts anderes, als ein bloßes Inkassomandat, und Schmidt daher gar nicht zur Weiterbegebung des Schuldscheins berechtigt gewesen sei. Es stehe fest, daß Leon Dietrich von seinem Cessionar Schmidt, von welchem die Beklagte ihren Anspruch ableite, den Gegenwert von 8500 Fr. oder 8000 Fr. nicht empfangen habe, sondern das Obligo lediglich zum Zwecke der Einkassierung des Guthabens an Schmidt abgetreten, und dieser sich verpflichtet habe, ihm den Betrag nach erfolgter Eintreibung unter Abzug der entstehenden Kosten und eines Honorars für die Bemühungen zu verabfolgen. Danach sei also Schmidt nicht wirklicher Cessionar, sondern nur Inkassomandatar des Leon Dietrich, und die Beklagte habe demzufolge auch keine andern Rechte erlangen können, als solche, die ihrem Rechtsvorfahren zugestanden haben. Allerdings entscheide nun das Gesetz die Frage, ob und inwieweit der Schuldner die Einrede der Simulation der Abtretung zu erheben befugt sei, nicht; sofern der Schuldner kein eigenes Interesse an dieser Einrede habe, erscheine sie als eine solche aus dem Rechte eines Dritten, und sei daher unzulässig; in concreto habe jedoch die Klägerin ein persönliches Interesse an dieser Einrede, da ihr Sohn Leon Dietrich schon vor der Cession an die heutige Beklagte seinen Inkassomandataren Schmidt aufgefordert habe, von weitern Schritten gegen die Klägerin abzustehen.

2. Die Kompetenz des Bundesgerichtes in der vorliegenden Streitsache ist vorhanden, da der gesetzliche Streitwert erreicht wird und die Entscheidung, wie bei den einzelnen Streitpunkten des nähern zu erörtern ist, wenigstens teilweise die Anwendung des eidgenössischen Rechts erfordert.

3. In der Sache selbst hat die Klägerin in erster Linie die Existenz der geltend gemachten Forderung bestritten, mit der Behauptung, es liege dem Schuldschein vom 10. Juni 1896, gestützt auf welchen sie von der Beklagten belangt worden ist, ein wirkliches Schuldverhältnis nicht zu Grunde. Diese Einrede beurteilt

sich, wie auch beide Parteien übereinstimmend angenommen haben, nach schweizerischem Recht, denn die Klägerin hat den Schuldschein, um dessen rechtliche Bedeutung es sich handelt, in der Schweiz, wo sie auch domiziliert war, ausgestellt, und es liegt nichts dafür vor, daß sie bei der Ausstellung des Schuldscheines die Meinung gehabt, oder vernünftigeweise habe erwarten können, daß diese Rechtshandlung von einem andern, als dem schweizerischen Rechte beherrscht werde. Da nun nach dem eidgen. O.-R. der fragliche Schuldschein sich als bloße Beweisurkunde darstellt, für die Übertragung der darin verbrieften Forderung also die allgemeinen Grundsätze über die Cession von Forderungen gelten, und demzufolge die Klägerin gemäß Art. 189 O.-R. Einreden, die sich auf die Entstehung der Forderung beziehen, auch gegen den Cessionar geltend machen kann, so muß die in Rede stehende Einrede zweifellos gehört werden. Sie ist aber sachlich unbegründet. Zunächst läßt sich nicht bestreiten, daß der Schuldschein vom 10. Juni 1896 ein wirkliches Schuldbekenntnis enthält, welches gemäß Art. 15 O.-R. auch ohne die Angabe eines besondern Verpflichtungsgrundes gültig ist. Allerdings enthält der Schein seinem Wortlaute nach lediglich eine Empfangsbescheinigung verbunden mit einem Zinsversprechen, ohne daß darin ausdrücklich auch die Verpflichtung zur Rückzahlung der als empfangen angegebenen Summe ausgesprochen wäre. Da jedoch die Klägerin nicht hat behaupten können, daß diese Empfangsbescheinigung für die Bezahlung einer bestehenden Schuld, oder etwa für die schenkungsweise Hingabe der genannten Geldsumme ausgestellt worden sei, so muß, zumal mit Rücksicht auf das Zinsversprechen, angenommen werden, daß nach übereinstimmendem Parteiwillen mit der bezeugten Empfangnahme dieser Geldsumme die Verpflichtung zu deren Rückgabe verbunden sei, und es sich somit in der That um ein Schuldbekenntnis handle. Daraus folgt aber weiter, daß die Beklagte durch die Vorlage des Schuldscheins den ihr obliegenden Beweis für das Bestehen des behaupteten Schuldverhältnisses geleistet hat, und der Klägerin der Beweis dafür obliegt, daß ein solches, entgegen dem Inhalt des Schuldscheines, nicht bestanden habe. Dieser Beweis ist von der Klägerin nicht erbracht worden; gegenteils ergiebt sich aus einem bei den Akten liegenden Schreiben der Klägerin an

Schmidt vom 21. August 1896, daß sie die genannte Summe von ihrem Sohne wirklich erhalten habe.

4. Weitere Einreden leitet die Klägerin aus der stattgefundenen Cession her, indem sie geltend macht, die Cession des ursprünglichen Gläubigers L. Dietrich an den Rechtsvorfahren der Beklagten (Schmidt) sei weder formgültig, noch ernst gemeint gewesen; dieser letztere habe somit keine Rechte ihr gegenüber erworben, und demnach auch keine solchen an die Beklagte übertragen können. Die Einrede, daß die Cession zwischen L. Dietrich an Schmidt wegen mangelnder Form ungültig sei, stützt die Klägerin auf Art. 1690 code civil, welcher bestimmt, daß der Cessionar im Verhältniß zu Dritten den Besitz der Forderung nur erlange durch Anzeige (signification) der erfolgten Cession an den Schuldner. Die materielle Begründetheit dieser Einrede beurteilt sich, da es sich dabei um die rechtlichen Voraussetzungen eines in Frankreich abgeschlossenen Rechtsgeschäftes handelt, nach französischem Recht. Obgleich also hier die Anwendung des eidgenössischen Rechts nicht in Frage steht, ist das Bundesgericht zur selbständigen Prüfung der fraglichen Einrede gleichwohl kompetent, da die Vorinstanz dieselbe nicht beurteilt hat, und daher die Voraussetzung des Art. 83 O.-G. zutrifft, wonach das Bundesgericht das neben eidg. Recht zur Anwendung kommende ausländische Recht selbst anwenden kann, wenn dasselbe von der Vorinstanz nicht beachtet worden ist. Nun kann aber die von der Klägerin vertretene Auffassung des Art. 1690 code civil nicht als richtig anerkannt werden. Nach dieser Gesetzesbestimmung hat die Signifikation der Cession an den Schuldner nicht die Bedeutung einer gesetzlichen Formvorschrift, von welcher die Gültigkeit dieses Rechtsgeschäftes schlechthin abhängig wäre; im Verhältnisse zum debitor cessus bedeutet die Vorschrift vielmehr nur, daß ihm gegenüber der Cedent als der einzig Forderungsberechtigte gilt, so lange die Signifikation nicht erfolgt, oder die Cession vom Schuldner angenommen worden ist. Die Signifikation kann daher auch noch durch die Klage geschehen, welche der Cessionar gegen den debitor cessus anhebt (s. Handbuch des französischen Civil-Rechts von Zachariae von Lingenthal, bearbeitet von Cromu, 8. Aufl., II. Bd., § 339, Anm. 11; Entsch. des deutschen Reichsgerichts, Bd. XXIX, 295).

Der Umstand, daß eine Signifikation an die Klägerin nicht früher erfolgte, ist somit in casu nur insoweit von Bedeutung, als die Beklagte alle Einreden, welche der Klägerin bis zur Klageerhebung gegen den ursprünglichen Gläubiger zustanden, gegen sich gelten lassen muß, während dagegen der von der Klägerin eingenommene Standpunkt, daß eine gültige Cession zwischen L. Dietrich und Schmidt wegen Nichtbeachtung gesetzlicher Formvorschriften nicht zu stande gekommen sei, als unhaltbar erscheint.

5. Bei der Einrede, daß die Cession L. Dietrichs an Schmidt auf Simulation beruhe, greift insoweit die Anwendung des eidgenössischen Rechts Platz, als es sich fragen muß, ob die Klägerin überhaupt berechtigt sei, diese Einrede der Beklagten entgegenzuhalten. Denn hiebei handelt es sich sowohl um die rechtlichen Wirkungen der Hauptobligation, als um diejenigen der Cession Schmidts an die Beklagte, welche beiden Rechtsgeschäfte unter den örtlichen Herrschaftsbereich des eidgenössischen O.-R. fallen. Nach französischem Recht beurteilt sich dagegen die materielle Begründetheit der Einrede, d. h. die Frage, ob die in Nancy erfolgte Cession L. Dietrichs an Schmidt als eine ernstgemeinte oder aber als eine simulierte zu betrachten sei. Da nun die Vorinstanz, in Anwendung des französischen Rechts, festgestellt hat, daß die fragliche Cession wirklich auf Simulation beruhe, so hat das Bundesgericht diese Annahme ohne weiters auch seiner Entscheidung zu Grunde zu legen und beschränkt sich die Überprüfung des kantonalgerichtlichen Urteils auf die Frage, ob die Einrede der Simulation der Cession an ihren Vormann der Beklagten gegenüber überhaupt zulässig sei. Darüber, inwieweit der Schuldner die Einrede der Simulation der Abtretung dem bei der Simulation beteiligten Cessionar entgegenhalten könne, besteht in der Theorie bekanntlich Meinungsverschiedenheit, indem von der einen Seite diese Einrede, sofern der debitor cessus nicht ein eigenes Interesse an derselben nachweisen kann, als eine unzulässige exceptio ex jure tertii betrachtet (s. z. B. Dernburg, Pand. II, § 59; Preuß. Privatrecht, Bd. II, § 85; Albert Schmid, Grundlehren der Cession, Bd. II, S. 394), von der andern Seite dagegen dem debitor cessus die Berechtigung zur Erhebung der Einrede schlechthin zuerkannt wird. Im eidg. O.-R. ist diese Frage nicht entschieden (s. Hafner, Kom-

mentar z. O.-R., 2. Aufl., Anm. 3 zu Art. 189). Nun bezieht sich jedoch die Einrede der Simulation in casu nicht auf die Cession, welche zwischen der Beklagten und ihrem Cedenten stattgefunden hat, sondern auf das dieser Cession vorangegangene Übertragungsgeschäft, durch welches die Rechtsstellung des Cedenten der Beklagten begründet wurde. Die Frage, um welche es sich hier handelt, ist also die, ob trotz der, nach dem Entscheid der Vorinstanz als festgestellt zu betrachtenden Thatsache, daß die Cession Dietrichs an Schmidt auf Simulation beruhte, eine wirksame Übertragung der Forderung durch diesen letztern an die Beklagte habe stattfinden können. Diese Frage muß bejaht werden. Zwar gilt auch für die Cession von Forderungen im allgemeinen der Grundsatz, daß niemand mehr Rechte auf einen andern übertragen kann, als er selbst besitzt, woraus allerdings folgen würde, daß die Beklagte das Forderungsrecht von Schmidt nicht hätte erwerben können, da dieser selbst nicht Gläubiger geworden war. Allein es ist nun zu bemerken: Zufolge der, wenn auch simulierten Cession des Dietrich an Schmidt, erschien letzterer, welcher sich im Besitze des Schuldscheins mit dem nachgetragenen Cessionsvermerk befand, Dritten gegenüber als zur Verfügung über die Forderung legitimierter Gläubiger derselben. Hat er, diesen Schein der Legitimation benutzend, über die Forderung durch Abtretung derselben an einen gutgläubigen Dritten verfügt, so muß diese Cession zu Gunsten des letztern als wirksam erachtet werden. Der ursprüngliche Gläubiger, welcher durch den von ihm ausgestellten simulierten Cessionsakt einen Zustand geschaffen hat, kraft dessen der Empfänger der Cessionsurkunde nach außen als verfügungsberechtigter Gläubiger erschien, kann sich, gutgläubigen Dritten gegenüber, nicht darauf berufen, es habe ihm in That und Wahrheit der Abtretungswille gefehlt, er muß vielmehr, gutgläubigen Dritten gegenüber, seine Willenserklärung so gegen sich gelten lassen, wie er sie abgegeben und verurkundet hat, mußte er sich dessen doch bewußt sein, daß seine simulierte Erklärung von Dritten, welche die Verhältnisse nicht kannten, als ernst gemeint werde aufgefaßt werden und konnte auch die Ausstellung der Cessionsurkunde kaum einen andern Zweck verfolgen, als eben den, den Empfänger derselben Dritten gegenüber als legitimierten Gläubiger erscheinen

zu lassen. Diese Behaftung des ursprünglichen Gläubigers bei dem, Dritten gegenüber einzig erkennbaren, und von ihm gewollten Inhalte der Cessionsurkunde erscheint als ein Postulat der bona fides, als ein Ausfluß des dem Art. 16, Abs. 2, O.-R. zu Grunde liegenden Rechtsgedankens. Danach muß denn aber selbstverständlich auch der Schuldner der abgetretenen Forderung die Legitimation des Cessionars, welcher die Forderung in gutem Glauben von dem Empfänger der simulierten Cessionsurkunde erworben hat, anerkennen. Hieran ist um so mehr festzuhalten, als man sich fragen kann, ob die Vorinstanz die Cession von Dietrich an Schmidt überhaupt mit Recht als ein simuliertes Geschäft bezeichnet habe, ob dieselbe nicht vielmehr sich als fiduziarisches Geschäft (als ernstgemeinte Cession zu Inkassozwecken) qualifiziere, eine Frage, welche sich freilich, da sie nach französischem Rechte zu beurteilen war, der Nachprüfung des Bundesgerichtes entzieht. Danach muß sich denn fragen, ob die Beklagte als gutgläubiger Erwerber zu betrachten sei. Nun ist ein Beweis dafür nicht geleistet, daß die Beklagte, als ihr die Forderung auf die Klägerin cedirt wurde, davon Kenntnis oder begründeten Anlaß zu der Vermutung gehabt habe, daß die Cession des ursprünglichen Gläubigers an ihren Cedenten auf Simulation beruhe. Die Beklagte muß daher als gutgläubiger Dritter betrachtet werden.

6. Hält somit auch die Einrede der Simulation nicht Stich, so muß sich noch fragen, ob sich die Klägerin nicht auf die erst vor zweiter Instanz geltend gemachte Thatsache berufen könne, daß Leon Dietrich ihr die Schuld gestundet habe. Die Klägerin hat sich dafür auf eine schriftliche Erklärung Leon Dietrichs vom 16. September 1896, daß die Schuld innerhalb 3 Jahren ab Seite des Gläubigers unaufkündbar sei, berufen. Da die Ächtheit dieser Erklärung und die Richtigkeit des Datums ihrer Ausstellung nicht bestritten ist, muß in der That angenommen werden, der ursprüngliche Gläubiger habe der Klägerin noch vor dem Zeitpunkte, da die Beklagte die Forderung erworben, also bevor die Klägerin von der Cession an die Beklagte Kenntnis erhielt, gestundet. Da nun nach dem bereits Gesagten davon ausgegangen werden muß, Leon Dietrich habe am 16. September 1896 noch über die Forderung an die Klägerin verfügen können, so ist diese

gemäß Art. 189 O.-R. berechtigt, sich gegenüber der Beklagten auf die an jenem Tage ihr gewährte Stundung zu berufen. Nun kann allerdings fraglich erscheinen, ob die Klägerin zur Produktion der betreffenden Erklärung vor zweiter Instanz noch berechtigt gewesen sei, und es hat denn auch der Anwalt der Beklagten gegen die Produktion Einsprache erhoben; allein hier handelt es sich um die Anwendung kantonalen Prozeßrechts, dessen Anwendung das Bundesgericht nicht nachzuprüfen hat; da die Vorinstanz die nachträgliche Produktion der fraglichen Erklärung weder ausdrücklich als unstatthaft erklärt, noch auch stillschweigend zurückgewiesen, sondern im Gegenteil das betreffende Dokument zu den Akten genommen, und dem Bundesgerichte eingeschickt hat, muß das Bundesgericht davon ausgehen, es sei die Anrufung jener Erklärung vor zweiter Instanz nach dem zürcherischen Civilprozeßrechte nicht verspätet erfolgt. Danach ist aber die Aberkennungsklage in dem Sinne zu schützen, daß die Forderung aus dem Schuldbekenntnis vom 10. Juni 1896 jedenfalls nicht vor Ablauf der in der Erklärung vom 16. September gl. Jahres gewährten Stundungsfrist geltend gemacht werden kann.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Berufung der Beklagten wird als unbegründet abgewiesen und das Urteil der Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich in allen Teilen bestätigt.

---

115. Urteil vom 19. Juni 1897 in Sachen Lindemann gegen Jenny.

A. Mit Urteil vom 2. April 1897 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich über die Streitfrage: „Sind die Beklagten verpflichtet, den Klägern 6767 Fr. nebst Zins zu 5 % seit 8. Oktober 1896 zu bezahlen?“ erkannt: Die Beklagten sind verpflichtet, den Klägern 2291 Fr. 70 Cts. nebst Zins zu 5 % seit 8. Oktober 1896 zu bezahlen; im übrigen ist die Klage abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil haben die Beklagten rechtzeitig die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Antrage:

Das angefochtene Urteil sei dahin abzuändern, daß die Klage, soweit sie den Betrag von 604 Fr. 45 Cts. nebst Zins zu 5 % seit 8. Oktober 1896 übersteige, abgewiesen werde.

C. In der heutigen mündlichen Verhandlung wiederholt der Vertreter der Beklagten seinen in der Berufungsschrift gestellten Antrag. Der Vertreter der Kläger trägt auf Abweisung der Berufung an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. F. und K. Jenny in Ziegelbrücke kauften von R. und O. Lindemann in Alexandrien und Dresden durch Vermittlung des Agenten der Verkäufer in Zürich, Keller-Ochsner, am 1./4. Oktober 1895 50,000 Kg. (5 Wagen = 150 Ballen) braune ägyptische Baumwolle, Maco good extra, Typ Nr. 7, zum Preise von 67 Fr. per 50 Kg., franko Bord Alexandrien, Verschiffung im November und Dezember, lieferbar im Dezember 1895 und Januar 1896 nach Ziegelbrücke, — und weiterhin am 19./20. November 1895 zum Preise von 65 Fr. per 50 Kg. und im übrigen zu den gleichen Bedingungen — fernere 140,000 Kg. (= 14 Wagen = 420 Ballen), wovon 59 Ballen für Vaduz bestimmt waren, die hier nicht weiter in Betracht kommen. Die Ballen wurden geliefert:

1) 20. November 1895: 63 Ballen, 20,148 Kg., Fakturawert 26,998 Fr. 30 Cts., — Ankunft in Ziegelbrücke 10. oder 11. Dezember 1895;

2) 4. Dezember 1895: 119 Ballen, 39,647 Kg., Fakturawert 52,717 Fr. 50 Cts., — Ankunft zwischen 23. und 29. Dezember 1895;

3) 4. Dezember 1895: 59 Ballen, 19,830 Kg., Fakturawert 23,796 Fr., — Ankunft zwischen dem 23. und 29. Dezember in Vaduz;

4) 18. Dezember 1895: 90 Ballen, 29,742 Kg., Fakturawert 38,664 Fr. 60 Cts., — Ankunft in Vaduz nach Angabe der Kläger am 11. Januar 1896, nach Angabe der Beklagten am 2. gleichen Monats;

5) 18. Dezember 1895: 118 Ballen, 39,616 Kg., Faktura-

wert 51,500 Fr. 80 Cts., — Ankunft in Ziegelbrücke nach Angabe der Kläger zwischen dem 8. und 10. Januar 1896, nach Angabe der Beklagten am 5. und 6. gl. Monats;

6) 18. Dezember 1895: 31 Ballen, 10,123 Kg., Fakturawert 13,159 Fr. 90 Cts., — Ankunft in Ziegelbrücke zwischen dem 8. und 10. Januar 1896 nach Angabe der Kläger, am 3. und 4. nach derjenigen der Beklagten;

7) 31. Dezember 1895: 90 Ballen, 29,906 Kg., Fakturawert 38,877 Fr. 80 Cts., — Ankunft in Ziegelbrücke nach Angabe der Kläger zwischen dem 18. und 25. Januar 1896, nach derjenigen der Beklagten am 11. Januar 1896.

Im ganzen wurden also 570 Ballen im Gesamtgewichte von 189,814 Kg. und im Gesamtfakturabetrage von 245,714 Fr. 90 Cts. geliefert. Gemäß Vereinbarung wurden die sämtlichen Lieferungen in Dreimonat-Accepten von den Klägern bezahlt.

Auf Wunsch der Käufer fand am 18. Dezember 1895 in Ziegelbrücke durch Keller-Ochsner eine Bemusterung der Sendung vom 20. November (Nr. 1 oben) statt; am gleichen Tage reklamierten sie mit Brief an Keller-Ochsner, daß ihnen statt Typ 7 „eine ganz andere Provenienz und eine viel geringere, für sie unbrauchbare Ware" geliefert worden sei, und verlangten dafür eine Bonifikation; gleichzeitig behielten sie sich vor, die inzwischen (am 4. Dezember 1895) fakturierte Ware (119 und 59 Ballen Nr. 2 und 3 oben) bei nicht typenkonformer Bedienung zur Verfügung zu stellen, und machten die weitere Erteilung von Accepten von der vorherigen telegraphischen Zusicherung der Verkäufer abhängig, daß sie eventuell zu dieser Dispositionsstellung befugt seien und daß ihnen alsdann prompt Ersatz durch musterkonforme Ware geliefert werde. Sie erhielten dann von den Verkäufern telegraphisch und brieflich eine solche Zusage. Am 29. Dezember 1895 erstreckten die Käufer ihre Bemängelung auch auf die inzwischen eingetroffenen 119 Ballen (Sendung Nr. 2 oben); eine Musterziehung unterließen sie indessen. Die Verkäufer gaben bezüglich der ersten Sendung zu, daß möglicherweise ein Irrtum in der Verpackung vorliege, bestritten aber im übrigen die Begründetheit der Mängelrüge; mit Brief vom 7. Januar 1897 bemerkten sie, sie werden, wie eigentlich selbstverständlich, unter allen Um-

ständen für die richtige Lieferung einstehen. Die Korrespondenz der Parteien ruhte dann bis in den April. Die Kläger behaupten, inzwischen bei Keller-Ochsner ab und zu mündlich wegen ungünstigen Ausfalls der seither angelangten Sendungen reklamiert zu haben; die Beklagten haben dies indes bestritten. Am 7. April 1896 erfolgte die Mängelrüge betreffend der 59 nach Vaduz gesandten Ballen. Die Kläger ersuchten nunmehr Keller-Ochsner, „um sich überdies auch wegen des Ausfalles der weiteren Partieen der Beklagten gegenüber klar zu stellen," mit ihnen eine Bemusterung der andern Sendungen vorzunehmen. Am 24. April und 7. Mai erklärte Keller-Ochsner sich damit einverstanden, daß zunächst in Vaduz und sodann auch in Ziegelbrücke die unmittelbar zum Verspinnen nötigen Ballen vorher von den Klägern selbst bemustert und die Muster von ihnen aufbewahrt werden. Die gemeinsame Musterziehung, bei welcher die Beklagten durch Keller-Ochsner vertreten waren, fand am 16. Mai in Vaduz und am 21. Mai in Ziegelbrücke (bezüglich sämtlicher hieher gelangten Sendungen mit Ausnahme der ersten) statt; bezüglich der 59 nach Vaduz gesandten Ballen „ohne Engagement für R. und O. Lindemann," wie Keller-Ochsner den Klägern am 18. Mai 1895 schrieb. Die gezogenen Muster wurden versiegelt.

In der Folge verlangten die Kläger Liverpooler-Arbitration der Ware. Die Beklagten traten hierauf nicht ein, indem sie die Unparteilichkeit einer solchen in Zweifel zogen, erklärten sich dagegen durch Brief vom 29. Mai 1896 mit der schiedsgerichtlichen Beurteilung des Streites durch zwei Spinner-Experten einverstanden. Eine Einigung kam indessen nicht zu Stande, indem die Beklagten gegen die Person des Schiedsmannes der Kläger Einwendungen erhoben.

2. Nunmehr erhoben F. und K. Jenny beim Handelsgerichte des Kantons Zürich die Preisminderungsklage mit Bezug auf sämtliche Lieferungen, ausgenommen 59 Ballen der Sendung vom 4. Dezember; sie stellten das sub Fakt. A an der Spitze mitgeteilte Rechtsbegehren, indem sie Rückzahlung eines Minderwertes von 2 Fr. per 50 Kg. auf den verbleibenden 169,174 Kg. (511 Ballen) verlangten. Zur Begründung der Kompetenz des Handelsgerichtes verwiesen sie auf die ursprünglich im Jahre 1874

abgeschlossene „Vereinbarung der schweizerischen Baumwollspinner über das Verfahren bei Reklamationen wegen geringer Qualität, Gewichtsmanko und falscher Packung von überseeischer Baumwolle," welcher beide Parteien angehören und nach deren Ziffer 1 alle Mitglieder für Reklamationen der Spinner wegen der genannten Mängel die Kompetenz des Zürcher Handelsgerichtes anerkennen.

Die Beklagten anerkannten die Kompetenz des Handelsgerichtes als fori prorogati, verwahrten sich aber dagegen, daß das genannte Gericht die Sache gemäß § 102 des zürcherischen Rechtspflegegesetzes als Schiedsgericht an Hand nehme. Die Kläger erklärten sich mit der Auffassung der Beklagten grundsätzlich einverstanden, nahmen aber eventuell den Standpunkt ein, die Kompetenz des Handelsgerichtes sei auch als Schiedsgericht gegeben.

In der Sache selbst gaben die Beklagten bei der ersten Sendung von 63 Ballen (20,148 Kg.) einen Minderwert zu, jedoch nur im Betrage von 1 Fr. per 50 Kg., was insgesamt einem Betrage von 402 Fr. 95 Cts. gleichkommt; im übrigen bestritten sie die Klage, indem sie vor allem die Einrede der Verspätung der Mängelrüge mit Bezug auf die Lieferungen 3—7 vorbrachten und die Begründetheit der Mängelrüge materiell nicht anerkannten. Die weiteren Gründe der Bestreitung sind aus den nachfolgenden Erwägungen ersichtlich.

Das Handelsgericht ordnete eine Expertise über die Beschaffenheit der Ware bezüglich sämtlicher Lieferungen an. Das auf Grund einer Vergleichung der im Mai 1896 versiegelten Kaufsmuster und der Ausfallsmuster abgegebene Gutachten gelangte zu den Schlüssen: Die erste Sendung (63 Ballen) zeige in Reinheit und Apparenz gegenüber dem Verkaufsmuster Typ 7 einen Minderwert, der auf 1 Fr. 50 Cts. per 50 Kg. zu taxieren sei; ferner sei bei den 89 Ballen ein Minderwert von 1 Fr. 50 Cts. per 50 Kg. anzunehmen; bei der Partie von 30 Ballen zeige sich kein Minderwert, dagegen ergebe sich bei den 4 andern Sendungen (329 Ballen) ein solcher von 50 Cts. per 50 Kg.

Gemäß diesem Gutachten haben die Kläger ihre Forderung auf 2291 Fr. 70 Cts. nebst Zins reduziert, die Beklagten da-

gegen ihre Anerkennung mit Bezug auf die Post von 63 Ballen auf 604 Fr. 44 Cts. erhöht.

3. Bezüglich der Kompetenz des Bundesgerichtes erhebt sich zunächst die Frage, ob ein in der letzten kantonalen Instanz erlassenes Haupturteil im Sinne des Art. 58 Org.-Ges. vorliege, oder aber ein bloßer Schiedsspruch, gegen welchen eine Berufung an das Bundesgericht nicht zuläßig wäre (vgl. Entsch. d. B.-G., Bd. XXII, S. 89). In dieser Hinsicht hat nun die kantonale Instanz in Auslegung des hier einzig in Betracht kommenden § 102 des zürcherischen Rechtspflegegesetzes (welcher bestimmt, das Handelsgericht entscheide als Schiedsgericht in allen Handelsstreitigkeiten über 500 Fr., welche nicht unter die §§ 95 und 96 Rechtspflegegesetz fallen, aber von den Parteien auf dem Wege der Vereinbarung an dasselbe gebracht werden) entschieden, das Handelsgericht handle in den Fällen dieser Paragraphen nicht als Schiedsgericht, sondern sei zuständig zwar infolge Vereinbarung der Parteien, aber als ordentliches staatliches Gericht, also als forum prorogatum; der Ausdruck „als Schiedsgericht" in § 102 R.-Pfl.-G. sei also nicht in eigentlichem Sinne zu verstehen. An diese Auslegung des kantonalen Prozeßgesetzes ist das Bundesgericht, eben weil es sich um kantonales Recht handelt, gebunden, und es ist daher davon auszugehen, daß sich das angefochtene Urteil als letztinstanzliches kantonales Haupturteil im Sinne des Art. 58 Org.-Ges. qualifiziert, und die Berufung an das Bundesgericht aus diesem Grunde zuläßig ist. In dem vom Bundesgericht unterm 9. Oktober 1896 entschiedenen Falle Dolivo-Dobrowolsky gegen Brown Boveri & Cie. lag die Sache insofern anders, als damals die Vorinstanz, das Handelsgericht Zürich, für das Bundesgericht verbindlich ausgesprochen hatte, sie handle lediglich als Schiedsgericht, so daß das Bundesgericht annehmen mußte, von einer staatlichen Gerichtsbarkeit sei in den Fällen des § 102 des zürcherischen Rechtspflegegesetzes keine Rede. Bemerkt mag nur noch werden, daß die Vereinbarung der Parteien, bezw. die Verwahrung der Beklagten, das Handelsgericht nicht als Schiedsgericht ansehen zu wollen, ohne jegliche Bedeutung ist, da es den Parteien nicht zustehen kann, den Charakter einer gesetzlichen Vorschrift nach ihrer Willkür zu modifizieren.

4. Was weiterhin die Frage des in der Sache anzuwendenden Rechtes betrifft, eine Frage, von deren Lösung ebenfalls die Kompetenz des Bundesgerichtes bestimmt wird, so hat das Handelsgericht angenommen, daraus, daß die Parteien sich übereinstimmend und ausschließlich auf das schweizerische Obligationenrecht berufen haben, sowie aus dem Inhalte der Spinner-Convention, die die Entscheidung der von ihr erwähnten Streitigkeiten einem schweizerischen Gerichte übertragen, sei zu schließen, die Parteien haben sich dem schweizerischen Rechte unterwerfen wollen; auf dieses Recht hat daher das Handelsgericht sein Urteil gegründet. In dieser Annahme der Vorinstanz nun liegt keineswegs eine Verletzung bundesgesetzlicher Vorschriften; vielmehr beruht sie auf Grundsätzen, die vom Bundesgericht in konstanter Praxis angewendet worden sind als dem Sinn und Geiste des Obligationenrechtes, bezw. der Theorie des internationalen Privatrechtes entsprechend. Die Voraussetzungen der Berufung an das Bundesgericht sind sonach auch bezüglich des anzuwendenden Rechtes gegeben, und da das Vorhandensein der weiteren Requisite nicht zweifelhaft ist, ist auf die Sache selbst einzutreten.

5. Das zwischen den Parteien abgeschlossene Geschäft stellt sich, wie die Vorinstanz richtig ausführt, als ein Kauf nach Muster (Art. 267 O.-R.) dar, und zwar in dem Sinne, daß die den Klägern beim Kaufsabschlusse übergebenen Muster als Typmuster gelten, d. h. nicht die Qualität der zu liefernden Ware genau bezeichnen, sondern davon nur eine allgemeine Anschauung geben sollten. Die Beklagten haben die Identität der beiden den Klägern anvertrauten Verkaufsmuster anerkannt. Ferner ist unbestritten, und gemäß Ziffer 3 litt. c der Spinner-Konvention mit vollem Recht, daß die gemeinschaftlich gezogenen Ausfallsmuster den vollgültigen Ausweis für die Reklamationen bilden. Das von den Experten abgegebene, oben in Erw. 2 mitgeteilte Gutachten endlich ist von keiner Seite angefochten worden und hat daher die Grundlage für das Urteil zu bilden, sofern nicht die Einreden der Beklagten als begründet erscheinen. Diese Einreden sind nunmehr zu prüfen.

6. An dem Standpunkte, die Preisminderungsklage sei schon deshalb abzuweisen, weil die Kläger das aus der gelieferten Ware

hergestellte Fabrikat ohne jeglichen Schaden haben absetzen können, haben die Beklagten in der heutigen Verhandlung nicht mehr festgehalten, bezw. es hat ihr Vertreter erklärt, jener Standpunkt sei gar nie in dem vom Vorderrichter angenommenen Sinne vertreten worden, vielmehr habe er mit der Behauptung, die Kläger haben keinen Schaden erlitten, nur das beidseitige Geschäftsgebahren in das richtige Licht setzen wollen. Auf jenen Standpunkt ist daher heute nicht mehr einzutreten.

7. Bezüglich sämtlicher Lieferungen erheben die Beklagten sodann weiterhin die Einrede, die Kläger haben auf die Minderungsforderung verzichtet, indem eine Einigung dahin zu Stande gekommen sei, daß die Beklagten an Stelle allfällig mangelhafter Lieferungen Ersatzware liefern sollten. Allein diese Einrede ist unstichhaltig. Freilich ist richtig, daß die Kläger mit Brief vom 18. Dezember 1895 (Akt. Nr. 27) Lieferung von Ersatzware für sämmtliche nicht typkonforme Ware verlangten, und daß die Beklagten daraufhin die Erklärung abgaben, sie seien im Falle nicht mustergemäßer Lieferung zur Abgabe von Ersatzware bereit, allein in der Folge war hievon nirgends mehr die Rede und haben die Beklagten nie den Standpunkt eingenommen, die Kläger haben auf einen allfälligen Minderwertsanspruch verzichtet; gegenteils hat der Vertreter der Beklagten, Keller-Ochsner, in seinem Brief vom 7. Mai 1896 (Akt. Nr. 53) ausdrücklich anerkannt, daß sie gewährleistungspflichtig seien. Da die Beklagten zudem wußten, daß die Ware verarbeitet werde und teilweise schon verarbeitet war, hätten sie, falls sie auf der Lieferung von Ersatzware bestehen wollten, einen Vorbehalt machen müssen, eine weitere Verarbeitung dürfe nicht stattfinden; dies ist jedoch nicht geschehen, und das zeigt wiederum, daß sie auf dem Standpunkte, die Kläger müssen Ersatzware annehmen und dürfen nicht mehr einen Minderwertsanspruch erheben, nicht beharrten. Die Einrede der Unzulässigkeit des Minderungsanspruches wegen einer Vereinbarung, Ersatzware anzunehmen, muß also verworfen werden, gleichviel, ob man mit der Vorinstanz einen Verzicht der Beklagten auf eine solche Vereinbarung annimmt, oder aber argumentiert, eine diesbezügliche Vereinbarung sei überhaupt nie zu Stande gekommen.

8. Zu prüfen bleibt noch die mit Bezug auf die 329 Ballen der Lieferung 3—7 vorgebrachte Einrede der Beklagten, die Mängelrüge sei verspätet erhoben worden. In dieser Hinsicht ist aktengemäß, daß die Kläger die Mängelrüge verspätet vorgebracht haben, falls die Bestimmung der Ziff. 2 der Spinner-Konvention unter den Parteien in dieser Frage Recht schaffte, da hienach Reklamationen wegen geringer Qualität innert 14 Tagen nach Empfang der Ware beim Agenten der Verkäufer angebracht werden müssen, eine genügende Mängelrüge aber bezüglich dieser 329 Ballen überhaupt nicht erwiesen ist. Die Kläger haben jedoch jener Einrede der Verspätung der Mängelrüge die Replik des Verzichts auf deren Geltendmachung entgegengehalten, und die Vorinstanz ist dieser Auffassung insofern beigetreten, als sie diesen Verzicht zwar nicht schon in der zwischen den Parteien gewechselten Korrespondenz, wohl aber in der Einwilligung der Beklagten in die gemeinsame Bemusterung der beanstandeten Ware, in ihrer Mitwirkung hiebei in der Person ihres Agenten Keller-Ochsner, und endlich in dem von ihnen grundsätzlich erklärten Einverständnisse zur schiedsgerichtlichen Austragung des Streites durch zwei Spinner-Experten findet. Nun ist gewiß richtig, daß ein Verzicht auf die Einrede der Verspätung der Mängelrüge, da die Vorschrift des Art. 246 O.-R. dispositiver Natur ist, rechtlich zuläßig ist (vgl. Hafner, Kommentar zum Obligationenrecht, 2. Aufl., Art. 246, Note 8; Staub, Komm. zum d. H.-G.-B., Art. 347, § 27; Bolze, Entsch. des Reichsgerichts, Bd. 8, Nr. 501, Bd. 16, Nr. 416) und daß die von der Vorinstanz für die Annahme eines Verzichtes auf die Einrede der Verspätung angeführten Thatsachen geeignet sind, diesen Schluß zuzulassen (vgl. auch Entsch. d. R.-O.-H.-G., Bd. 19, S. 334); inwieweit dies im einzelnen der Fall ist, kann indes dahingestellt bleiben, indem das Bundesgericht von einem andern Standpunkt aus zur Verwerfung der Einrede der Verspätung der Mängelrüge gelangt. Prüft man nämlich die Korrespondenz der Parteien im Zusammenhange, so ergibt sich, daß die Beklagten von Anfang an (zu verweisen ist insbesondere auf ihren Brief vom 7. Januar 1896, Akt. Nr. 47) sich damit einverstanden erklärten, daß eine spätere Bemusterung der Ware, als sie durch

die Spinner-Konvention vorgesehen ist, rechtsgültig sein solle. Also nicht ein nachträglicher Verzicht auf die Einrede der Verspätung der Mängelrüge liegt vor, sondern eine Vereinbarung, wonach die Rügefrist überhaupt gegenüber der in der Spinner-Konvention festgesetzten Zeit erstreckt wurde, so daß die Einrede der Verspätung der Mängelrüge überhaupt nie bestanden hat. Nur aus dieser Vereinbarung erklärt sich dann auch ganz naturgemäß das weitere Verhalten der Beklagten, ihre Einwilligung in die gemeinsame Bemusterung und ihre Mitwirkung bei derselben, sowie die Thatsache, daß sie in der ganzen Korrespondenz nie von einer Verspätung der Mängelrüge sprachen. Unter diesen Umständen fällt der weitere Rechtsbehelf der Beklagten, ihr Agent Keller-Ochsner sei zur Entgegennahme einer verspäteten Mängelrüge nicht ermächtigt gewesen, dahin; denn daß er zur Entgegennahme rechtzeitiger Rügen berechtigt war, folgt ohne weiteres aus seiner Stellvertretungsbefugnis als Handlungsbevollmächtigter der Beklagten (vgl. Staub, a. a. O., Seite 140, § 4), und ist zudem mit Bezug auf die Parteien in Ziff. 2 der Spinner-Konvention ausdrücklich festgesetzt.

9. Da sonach sämtliche Einreden der Beklagten als unbegründet erscheinen, muß die Klage gemäß dem in Erwägung 5 ausgeführten in dem Betrage, in dem sie heute noch festgehalten wird, gutgeheißen werden, und ist somit die Berufung abzuweisen.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Berufung der Beklagten wird als unbegründet abgewiesen und demgemäß das Urteil des Handelsgerichtes des Kantons Zürich vom 2. April 1897 in allen Teilen bestätigt.

116. Urteil vom 25. Juni 1897 in Sachen Rund gegen Schneid.

A. Mit Urteil vom 30. März 1897 hat die Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich erkannt:

1. Der Beklagte ist verpflichtet, dem Kläger zwei Aktien der schweiz. Gasglühlicht-Aktiengesellschaft (Patent Dr. Karl Auer von Welsbach) zum Nominalwerte von 500 Fr. zu liefern, oder den Kurswert derselben am Zahlungstage sammt allfällig bereits ausbezahlten Dividenden zu ersetzen.

2. Der Beklagte ist im weitern verpflichtet, dem Kläger von dem ihm zum Ankauf von 8 Aktien der schweizerischen Gasglühlicht-Aktiengesellschaft einbezahlten Betrag von 4000 Fr. 3000 Fr. nebst Zins zu $2\frac{1}{2}$ % vom 19. August 1895 an, abzüglich $\frac{1}{8}$ % Provision, zu bezahlen.

B. Gegen dieses Urteil ergriff der Beklagte rechtzeitig die Berufung an das Bundesgericht mit dem Antrage, es sei die Klage im ganzen Umfange abzuweisen.

C. In der heutigen mündlichen Verhandlung wiederholt der Vertreter des Beklagten den in der Berufungserklärungsschrift gestellten Antrag. Eventuell trägt er auf Abweisung der Klage an, soweit sie die Lieferung von zwei Aktien zum Kurse von 900 Fr. übersteige. Dabei giebt er die Erklärung ab, die vom Kläger bezahlten 4000 Fr. stehen ihm prinzipiell zur Verfügung, in der Meinung, daß der Beklagte sie als Faustpfand zurückbehalte, bis die in Wien anhängigen Prozesse zwischen den Parteien erledigt seien. Ganz eventuell sucht er um nochmalige Einvernahme des Zeugen Sterk nach.

Der Vertreter des Klägers beantragt, es sei die Berufung, auch in den eventuellen Anträgen, als unbegründet abzuweisen. Eventuell behaftet er den Beklagten bei dessen Erklärung bezüglich der 4000 Fr.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Im Sommer 1895 wurde die schweiz. Gasglühlicht-Aktiengesellschaft (Patent Dr. Karl Auer von Welsbach) mit Sitz in Zürich

gegründet und zu deren Direktor der frühere Generalagent der österreichischen Gasglühlichtgesellschaft, B. Rund in Zürich, ernannt. Dieser unterhandelte zur Zeit jener Gründung u. a. auch mit seinem Schwager Dr. med. M. Schneid in Wien behufs Übernahme einiger Aktien. Aus den Akten ist betreffend dieser Unterhandlungen folgendes als festgestellt zu erachten. Am 18. August 1895 telegraphierte Schneid an Rund: „Hinterlege morgen viertausend Fr. auf Namen Bernhard Rund auf Aktien zum Nominalwert.“ Mit Brief vom selben Tage meldete Rund in Beantwortung dieses Telegrammes seinem Schwager: Er bedauere, daß der Wiener Bankverein seine (Schneids) Subskription nicht annehmen werde. Die Aktien (1000 Stück zu nominell 500 Fr.) werden schon jetzt zu 25 %igem Kurse gehandelt. Er selbst (Rund) habe für sich privatim nur 10 Stück behalten können, hievon habe er 6 Stück an 3 Zeitungen versprochen, 2 Stück seinem Reitlehrer, „bleiben mir 2 Stück. Diese 2 Stück will ich Dir reservieren. Notabene, die Aktien sind noch gar nicht gedruckt und werden es kaum vor 3 Wochen sein. Du siehst, daß ich an meinem Versprechen nicht ganz vergessen habe.“ Am 19. August 1895, offenbar vor Empfang dieses Briefes, hatte jedoch Schneid dem Wiener Bankverein die schriftliche Anweisung gegeben, eine Anschaffung für Bernhard Rund von 4000 Fr. zu machen und ihn, Schneid, dafür zu belasten. Der Bankverein führte diese Ordre sofort aus und sandte in weiterer Ausführung des Auftrages an Rund folgendes Telegramm: „Direktor Rund. Zürich. Dr. Schneid deponierte 4000 Fr. Sendet dagegen Glühlichtaktien an Bankverein.“ Mit Briefen vom 20. und 23. August 1895 (die sich bei den Akten nicht finden) bestätigte Schneid dem Rund, daß er die Anschaffung von 4000 Fr. für ihn gemacht habe. Hierauf antwortete Rund unterm 26. August: „Was die Aktien anbelangt, so habe ich Dir s. Z. in Wien vier Stück in Aussicht gestellt. Nun, zwei Stück bekommst Du sicher. Wegen mehr kann ich Dir momentan keine weitere Zusage machen. Ich werde — eben wegen der Aktien — wahrscheinlich in 8—10 Tagen nach Wien kommen müssen und werden wir über die Sache sprechen.“ — Eine Lieferung der Aktien erfolgte jedoch nie. Laut Bericht des Wiener Bankvereins vom 15. Februar 1896 an den Advokaten von Dr.

Schneid in Wien, Dr. Klieneberger, sind die 4000 Fr. bis Ende 1895 „im Konto des Hrn. Rund verblieben und über dessen Verlangen mit andern Werten gelegentlich der Schlußabrechnung an Genannten hinausgegeben worden"; letzteres geschah nach Aussage des Bankdirektors Bauer am 15. Januar 1896.

2. Infolge der oben geschilderten Unterhandlungen und Vorgänge und der Weigerung Runds, Aktien zu liefern, erhob nunmehr Dr. Schneid im Spätherbst 1895 gegen ihn beim Bezirksgericht Zürich Civilklage, mittels deren er verlangte: Lieferung von 4 Aktien zum Nominalwerte von 500 Fr., und Rückzahlung von 2000 Fr. als Hälfte der dem Beklagten zum Ankaufe von 8 Aktien eingezahlten 4000 Fr., nebst Zins zu 5 % seit der erfolgten Einzahlung, eventuell für den Fall, daß die Lieferung der Aktien nicht erfolge oder nicht möglich sei: Zahlung eines Schadenersatzes von 500 Fr. per Aktie nebst Zins zu 5 % seit der Anzahlung, sowie der Kursdifferenz. Der Beklagte trug auf Abweisung sämmtlicher Begehren des Klägers an, indem er (neben einer heute nicht mehr in Betracht kommenden prozeßhindernden Einrede) den Standpunkt einnahm, ein Kauf, oder sonst ein rechtsverbindlicher Vertrag, sei zwischen den Parteien nie zu stande gekommen, vielmehr seien dem Kläger nur unverbindliche, freundschaftliche Zusicherungen gegeben worden, und habe es am animus obligandi gefehlt, da der Beklagte gar nicht in der Lage gewesen wäre, die Aktien zu liefern. Ein Kauf sei insbesondere deshalb nicht abgeschlossen worden, weil über die Ware und deren Preis nicht verbindlich verhandelt worden sei, indem gar nicht festgestanden habe, welches der Nominalwert der Aktien sein werde; auch sei die Lieferungszeit, die sich hier ebenfalls als essentiale negotii qualifiziere, nicht festgesetzt worden. Der Antrag auf Abweisung des Rechtsbegehrens 2 (Rückerstattung der 2000 Fr.) begründete er mit der Behauptung, er habe die 4000 Fr. nie erhalten; der Wiener Bankverein, der sie nie für ihn besessen, solle sie dem Kläger zurückstellen, der sie dort schon längst hätte haben können.

Das Bezirksgericht Zürich nahm den Abschluß eines gültigen Kaufvertrages, jedoch nur mit Bezug auf 2 Aktien zu 500 Fr., gestützt auf die in Erw. 1 angeführten Thatsachen, in Verbindung mit den von ihm angeordneten Zeugenaussagen als erwiesen an

und wies die Behauptungen des Beklagten betreffend die einbezahlten 4000 Fr. zurück. Die zweite Instanz, an welche der Beklagte appellierte, trat in ihrem sub Fakt. A mitgeteilten Urteile der Auffassung der ersten Instanz betreffend das Zustandekommen eines gültigen Kaufvertrages bei, immerhin mit der Modifikation in der Begründung, daß sich schon in den Briefen des Beklagten vom 18. und 26. August 1895 eine ganz bestimmte Zusage, 2 Aktien liefern zu wollen, finde, und daß der Einwand des Beklagten, es seien nicht sämtliche essentialia des Kaufes vorhanden, unstichhaltig sei, indem bezüglich des Preises aus den Akten hervorgehe, daß die Willensmeinung der Parteien dahin gegangen sei, die Aktien seien vom Beklagten zu dem Preise zu liefern, den er selbst für die ihm zugeteilten Titel zu entrichten hatte, und bezüglich der Lieferungsfrist, daß stillschweigend der Zeitpunkt der Ausgabe der Aktien vereinbart worden sei. Bezüglich des zweiten Rechtsbegehrens herrschte vor der zweiten Instanz kein Streit mehr.

3. Die Kompetenz des Bundesgerichts, die vom Berufungsbeklagten nicht in Zweifel gezogen wurde, ist unzweifelhaft gegeben. Fraglich könnte sie höchstens sein mit Bezug auf das anzuwendende Recht; allein auch in dieser Hinsicht ist sie offenbar vorhanden. Der Vertrag der Parteien — sofern ein solcher überhaupt zu stande gekommen — stellt sich als Kauf dar; Erfüllungsort für den Beklagten war Zürich, und es ist also nach bekannten Grundsätzen anzunehmen, daß sich die Parteien dem dort geltenden Rechte, also dem schweiz. Obl.-R., unterwerfen wollten, sofern nicht eine klare gegenteilige Willensäußerung ihrerseits vorliegt; letzteres ist keineswegs der Fall, gegenteils haben sich die Parteien, soweit sie überhaupt bestimmte Gesetze allegierten, auf das schweiz. O.-R. berufen und hat daher auch die erste Instanz auf dieses Gesetz abgestellt.

4. In der Sache selbst ist die zu entscheidende Frage: ist zwischen den Parteien ein Vertrag zu stande gekommen? Diese Frage untersteht, als Rechtsfrage, der Prüfung des Bundesgerichts; Thatfrage, und also von der Vorinstanz für das Bundesgericht verbindlich festgestellt, sofern nicht Aktenwidrigkeit oder Rechtsirrtum vorliegt, ist nur, welche Erklärungen sich die Parteien abgegeben

und welche Willensmeinung sie dabei gehabt haben. Die Vorinstanz hat nun thatsächlich festgestellt, der Beklagte habe dem Kläger versprochen, zwei Aktien der schweiz. Gasglühlicht-Aktiengesellschaft zum Nominalwerte im Momente der Emission zu liefern. In einer Willenseinigung dieses Inhaltes liegen sämtliche essentialia eines Kaufvertrages, und die einzige Frage ist daher, ob der Vertragswille, der Wille, sich rechtlich zu verpflichten, auf Seite beider Parteien und insbesondere auf Seite des Beklagten bei Abgabe jenes Versprechens vorhanden war, oder ob nicht ein bloßes Gefälligkeitsversprechen, welches für den Beklagten unverbindlich wäre (vergl. Ihering in seinen Jahrbüchern, Bd. XVIII, S. 94; Windscheid, Pand. § 304, Anm. 1; Dernburg, Preuß. Privatrecht, I. Bd., § 11) vorliegt. Diese Frage ist vom Vorderrichter, gestützt insbesondere auf die Briefe des Beklagten vom 18. und 26. August 1895, in ersterm Sinne entschieden worden. Bei näherer Prüfung der Argumentation der Vorinstanz muß gewiß gesagt werden, daß jene beiden Briefe an sich nicht einen absolut zwingenden Schluß auf den Verpflichtungswillen des Beklagten zulassen; vielmehr können die dort gebrauchten Worte: „Diese 2 Stück will ich Dir reservieren", „mein Versprechen", „zwei Stück bekommst Du sicher", an sich ebensogut als unverbindliche Gefälligkeitszusage angesehen werden, namentlich wenn in Betracht gezogen wird, daß die Parteien mit einander verschwägert sind. Den Aussagen des Zeugen Sterk sodann hat die Vorinstanz mit Recht keinen großen Wert beigelegt, da er jedenfalls unzuverlässig ist, schon seiner Jugend wegen, wie auch deshalb, weil er sein vor Gericht abgegebenes Zeugnis nachher widerrufen wollte. Die von Advokat Rosenfeld in Wien bezeugte Äußerung des Klägers ihm gegenüber, „er habe soeben 4000 Fr. für Bernhard Rund beim Wiener Bankverein eingezahlt, weil Rund ihm versprochen habe, ihm schweiz. Aueraktien zum Nominalwerte zu liefern; er sei nun neugierig, ob Rund, dem er so viel Gefälligkeiten erwiesen habe, sein Versprechen einlösen werde" — läßt Zweifel daran aufkommen, ob der Kläger selbst die Zusagen des Beklagten als rechtsverbindlich angesehen hat.

Allein trotz dieser angeführten Bedenken sprechen drei Momente entschieden für das Vorhandensein des rechtsgeschäftlichen Willens

auf beiden Seiten: Zunächst die Einzahlung der 4000 Fr. durch den Kläger. Mit diesem Akte wurde den zwischen den Parteien bis anhin vielleicht unverbindlich gepflogenen Unterhandlungen ein rechtsgeschäftlicher Charakter verliehen; der Kläger gab durch diesen Akt und schon durch sein die Einzahlung ankündigendes Telegramm vom 18. August zu erkennen, daß er sich nunmehr auf den Standpunkt, ein Vertrag sei abgeschlossen, begeben habe. Ging der Beklagte mit dieser Anschauung nicht einig, so hätte er sofort nach Empfang der die Einzahlung in Aussicht stellenden Depesche auf dem gleichen Wege, d. h. ebenfalls per Telegramm, den Kläger an der Einzahlung hindern sollen; darin, daß er dieses nicht gethan, liegt ein Moment zur Annahme eines rechtsgeschäftlichen Willens auch auf seiner Seite. Dazu kommt endlich noch die Verfügung des Beklagten über die einbezahlten 4000 Fr. am 15. Januar 1896; auch dieser Akt läßt darauf schließen, daß er eine Rechtspflicht zur Leistung des Gegenwertes anerkannt hat, wenn schon dieses Moment allein zur Annahme des Verpflichtungswillens nicht ausreichen würde, da der Beklagte mit Brief vom 13. Oktober 1895 den Wiener Bankverein ersuchte, dem Kläger die 4000 Fr. zur Verfügung zu stellen. Auf letztern Brief (der nur in beglaubigtem Auszuge aus dem Kopirbuche des Beklagten bei den Akten liegt) hat die Vorinstanz keinen Bezug genommen, vermutlich deshalb nicht, weil der Kläger bestritten hatte, daß der Wiener Bankverein ihn erhalten, und ihr ein Beweisverfahren darüber angesichts der Aktenlage als unerheblich schien. Letzteres ist auch in der That der Fall; denn Thatsache ist, daß der Wiener Bankverein die 4000 Fr. auch weiterhin für den Beklagten innehatte und daß er, wie gesagt, am 15. Januar 1896 darüber verfügte, zu einer Zeit, bevor die Prozesse zwischen den Parteien in Wien ausgebrochen waren.

Hält man den Inhalt der Briefe vom 18. und 26. August 1895 mit den oben angeführten drei Momenten zusammen, so folgt daraus, daß die von der Vorinstanz jenen Briefen und konsequenterweise dem Parteiwillen gegebene Interpretation weder aktenwidrig noch rechtsirrtümlich ist. Sonach ist das Vorhandensein des Vertragswillens auf beiden Seiten als erwiesen anzunehmen, und es muß daher das angefochtene Urteil bestätigt

werden. Das eventuelle Begehren betreffend Lieferung von 2 Aktien zum Tageskurse (900 Fr.) fällt, da der Parteiwille dahin ausgelegt wird, die Parteien haben sich auf Lieferung zum Nominalwerte geeinigt, dahin. Eine nochmalige Einvernahme des Sterk endlich (welche gemäß Art. 82, Abs. 2, O.-G. vor dem Obergericht, nicht vor dem Bundesgericht stattzufinden hätte), erscheint nach dem Gesagten als durchaus unerheblich.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Berufung des Beklagten wird als unbegründet erklärt und demgemäß das Urteil der Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 30. März 1897 in allen Teilen bestätigt.

---

117. *Arrêt dans la cause Mazoni contre la Société électrique de Bulle.*

A. La Société électrique de Bulle avait chargé l'entrepreneur Albinati, à Charmey, de la construction du bâtiment de son usine de Charmey. De son côté Albinati avait traité avec Jules Mazoni, serrurier à Bulle, pour l'exécution d'une partie de ces travaux, entre autres pour la construction et la pose d'une balustrade en fer à un balcon du bâtiment de l'usine. En 1893, Mazoni avait posé les montants en fer entre lesquels devaient se placer les panneaux de la balustrade, travail qui devait être effectué avant le cimentage de la plateforme du balcon. Les panneaux avaient été déposés à l'usine en attendant le moment de les placer.

Le 30 avril 1894, l'entrepreneur Albinati écrivit à Mazoni pour l'inviter à monter le jour même ou le lendemain à Charmey afin d'achever la pose de la balustrade, car, ajoutait-il, « cet ouvrage presse beaucoup ; on me harcèle pour cette balustrade. » Mazoni se rendit effectivement à Charmey le soir même avec son apprenti Baumeyer, afin de procéder dès le lendemain matin au travail en question.

Le lendemain, 1er mai, vers 7 heures du matin, il se rendit

avec son apprenti à l'usine électrique, où tous deux pénétrèrent par la porte principale sans rencontrer d'autres personnes que des ouvriers maçons qui leur apprirent que les panneaux de la balustrade étaient au galetas. Ils allèrent chercher ces panneaux, les apportèrent sur le balcon et les essayèrent après avoir enlevé la clôture de bois qui en tenait lieu provisoirement. Ils sortirent ensuite de l'usine pour aller chercher leurs outils et revinrent peu après les apportant. Ils entrèrent de nouveau par la porte principale de l'usine et rencontrèrent cette fois-ci le sieur Bugnard, second employé mécanicien, auquel Mazoni adressa quelques paroles et dit notamment, suivant le témoignage de Baumeyer : « Dans tous les cas il faudra faire bien attention. » En montant l'escalier qui conduit au premier étage, où se trouvait le balcon en question, ils croisèrent le contremaître Cosandey, qui leur dit bonjour, mais avec lequel ils n'eurent d'ailleurs aucun échange de paroles. Arrivé sur le balcon, Mazoni s'agenouilla sur la plateforme et saisit de la main gauche le montant du milieu, tout en disant à Baumeyer de déballer les outils. Celui-ci perdit un instant son patron de vue, puis, se retournant, il le vit couché à plat ventre à travers le balcon, ayant le haut du corps penché en dehors. Craignant qu'il ne tombât, il le saisit par les jambes pour le tirer en arrière, mais au même instant il ressentit une forte secousse électrique. Il lâcha prise aussitôt, non sans avoir cependant retiré le corps de Mazoni de quelques centimètres en arrière. Comprenant que son patron avait touché la conduite électrique qui passait un peu au-dessous du balcon, il donna l'alarme et le courant électrique fut interrompu. Mazoni ne donnant plus signe de vie et les employés de l'usine et autres personnes présentes le considérant comme mort, aucuns soins ne lui furent donnés et rien ne fut tenté pour le rappeler à la vie. Sur l'ordre du syndic de Charmey, son corps fut laissé en place jusqu'à l'arrivée de la justice. Son chapeau fut trouvé sur le sol au-dessous du balcon, mais il n'est pas établi à quel moment il y est tombé.

Avisé de l'accident, le lieutenant du préfet de Bulle, accompagné du Dr Perroulaz, se rendit à Charmey, où il arriva vers

1 heure de l'après-midi, afin de procéder à la levée du cadavre. Le rapport dressé à cette occasion par le Dr Perroulaz constate ce qui suit :

« Au bout du corridor du premier étage de l'usine se trouve une plateforme en ciment munie seulement de quelques piliers en fer, non reliés entre eux par une balustrade. La porte du corridor donnant sur cette terrasse est ouverte. Couché à plat ventre sur la plateforme se trouve le cadavre de Jules Mazoni recouvert d'une couverture de laine. Les pieds touchent le seuil de la porte, le reste du corps repose sur la terrasse, le bras gauche est plié au coude, la main gauche touche un pilier en fer fixé dans la plateforme, la tête, l'épaule droite, le bras droit se trouvent en dehors de la terrasse et la main droite touche le fil supérieur de la conduite électrique de Charmey. La distance qui sépare le fil de fer du bord supérieur de la terrasse est en ligne directe de 56,5 cm.; depuis le bord externe de la terrasse à l'endroit où la main droite touchait le fil de fer, il y a 70 cm. En retournant le cadavre, on constate que la face, le cou, la main droite et une partie du bras droit présentent des taches cyanosées ; les pupilles sont fortement dilatées ; le corps est froid ; pas de raideur cadavérique. A la main gauche, du côté externe, le long du petit doigt et de la paume de la main, se trouvent plusieurs vésicules de brûlures. A la main droite, près de la première articulation du pouce, sur le côté externe et dorsal, on constate également une vésicule de brûlure ; une autre brûlure presque identique se trouve dans la région de la deuxième articulation du petit doigt de la main droite, également à la partie dorsale. Les brûlures sont peu profondes. La respiration artificielle n'a donné qu'un résultat négatif. Conclusions : Vu la position du cadavre ; vu le contact constaté avec le courant électrique ; vu la face cyanosée et la dilatation des pupilles, il faut admettre comme cause de la mort l'asphyxie par le courant électrique. La mort a dû être instantanée. »

Entendu dans la suite comme témoin, le Dr Perroulaz a ajouté qu'il s'était placé dans la même position que Mazoni et avait dû faire un effort pour atteindre le fil, bien qu'étant plus

grand que Mazoni. Au dire du gendarme Ruffieux qui s'est rendu à l'usine de Charmey aussitôt après l'accident, le fil de la conduite électrique touchait le petit doigt de la main droite de Mazoni ; les trois autres doigts étaient placés sur le fil. Le témoin s'est couché à la même place après la levée du corps, il s'est tenu au pilier et a dû s'allonger pour toucher le fil. Son impression à ce moment a été que Mazoni avait dû le faire à dessein, attendu qu'il n'avait rien à faire sous le balcon. Blanc Joseph a constaté que Mazoni avait la main sur la conduite, dans la position d'un homme qui a voulu la saisir. Le syndic Rime, de Charmey, a constaté que le corps de Mazoni n'avait pas changé de place depuis l'accident jusqu'à l'arrivée du lieutenant du préfet et du Dr Perroulaz ; il estime aussi que Mazoni n'avait rien à voir ni à faire sous le balcon. Enfin Cyprien Cosandey, contremaître à l'usine de Charmey, a déclaré qu'il n'avait pas été avisé que Mazoni viendrait le 1er mai pour la pose de la balustrade. Il a rencontré un homme qu'il ne connaissait pas et qui se trouvait être Mazoni ; il lui a donné le bonjour et Mazoni ne lui a rien dit. A l'époque où l'accident est arrivé on ne connaissait pas encore, suivant Cosandey, les procédés à employer pour ranimer les foudroyés.

J. Mazoni était marié et père de quatre enfants, Lucie, Julie, Jules et Charles Mazoni, nés en 1889, 1890, 1891 et 1892. Il vivait en bonne intelligence avec sa femme et aimait beaucoup ses enfants. Il était bon maître serrurier, avait en général à son service un apprenti et parfois un ouvrier. Son travail lui permettait de subvenir à l'entretien de sa famille. Cependant, après avoir grevé de nouvelles charges les immeubles, taxés 6321 fr., qu'il avait hérités de son père, il les avait vendus en 1891 à sa belle-mère.

Par exploit du 3 décembre 1894, dame Emma Mazoni née Thévoz a ouvert action, tant en son nom personnel qu'au nom de ses enfants, à la Société électrique de Bulle et à l'entrepreneur Albinati pour les faire condamner solidairement à payer à titre d'indemnité pour le préjudice résultant de la mort de J. Mazoni :

1° A Emma Mazoni une somme unique fixée, sous réserve

de la modération du juge, à 5000 fr. ou une pension annuelle et viagère de 300 fr., à partir du 1er mai 1894.

2° Aux quatre enfants mineurs de J. Mazoni une somme unique fixée, sous réserve de la modération du juge, à 10 000 fr., soit à chacun 2500 fr., ou à chacun, jusqu'à ce qu'il ait atteint l'âge de 18 ans révolus, une pension annuelle de 200 fr.

3° L'intérêt au 5 % des sommes allouées à partir du 13 décembre 1894 et les dépens.

Ces conclusions étaient basées en droit sur les art. 50 et suiv. du CO., sur les dispositions de la loi fédérale sur le travail dans les fabriques, du 23 mars 1877, et sur les lois fédérales sur la responsabilité civile des 25 juin 1881 et 26 avril 1887.

La demanderesse expliquait qu'après s'être mis à genoux sur le balcon, Mazoni avait voulu, en passant la main droite sous la plateforme, s'assurer de la solidité du pilier de fer qu'il tenait de la gauche. En passant le bras en dehors de la plateforme, il aurait touché de la main la conduite électrique qu'il n'avait pas remarquée auparavant.

Les défendeurs soulevèrent tout d'abord une exception de division de cause qui fut écartée par arrêt de la Cour d'appel de Fribourg du 27 mai 1895.

Au fond ils conclurent à libération des fins de la demande avec suite de dépens.

Des preuves furent entreprises tant par témoins que par inspection locale et par expertises.

Lors de l'inspection locale à laquelle il procéda le 12 août 1895, le Tribunal de la Gruyère constata ce qui suit: Du côté nord de l'usine de Charmey existe un balcon ; un poteau en bois, auquel sont fixés deux isolateurs où aboutissaient les fils de la conduite électrique, se trouve en dessous de la plateforme, à droite. Ces fils ont été déplacés depuis l'accident. Au milieu de la balustrade est un pilier en fer scellé dans la terrasse et qui a servi de point d'appui à J. Mazoni lors de l'accident. Depuis ce pilier, en sens oblique, jusqu'au fil électrique supérieur, qui a été replacé pour la circonstance, l'on

mesure 74 centimètres. La distance du bord de la plateforme au fil, en ligne verticale, est de 56,5 cm. Le dessous du balcon est cimenté.

A la requête de la partie demanderesse, trois experts électriciens furent désignés en la personne de MM. Kowalsky, professeur à Fribourg, Dr Blattner, à Berthoud, et Favarger, ingénieur à Neuchâtel, aux fins de donner leur avis sur la question de savoir d'abord si des mesures auraient pu et dû être prises pour tenter de rappeler Mazoni à la vie et ensuite si la conduite électrique dont le contact a causé sa mort n'était pas installée dans des conditions dangereuses. Le rapport de ces experts porte en résumé ce qui suit :

De fortes décharges électriques, telles que celles provoquées par un contact avec des lignes électriques à haute tension n'ont pas toujours la mort pour conséquence immédiate. La tension du courant à la sortie de l'usine électrique de Charmey était de 3000 volts. On a réussi, dans certains cas particuliers, à rappeler à la vie des personnes frappées par des décharges électriques à haute tension. Quant aux procédés à employer en cas pareil et à la question de savoir si ces procédés étaient connus au moment de l'accident arrivé à Mazoni, les experts se réfèrent à une circulaire adressée le 19 août 1895 par le ministre des travaux publics de France aux préfets de la République, ainsi qu'à diverses lettres de directeurs de stations électriques, pièces soi-disant annexées à leur rapport, mais qui ne figurent pas au dossier. Lorsque des travaux de réparation doivent être faits dans le voisinage immédiat de lignes à haute tension et que la possibilité d'un contact des ouvriers avec ces dernières n'est pas absolument écartée, les experts estiment qu'il est prudent d'arrêter le courant. Si ces travaux sont le fait de tiers, c'est-à-dire d'ouvriers ne dépendant pas de l'administration de l'usine, ceux-ci devront s'entendre avec le personnel de l'usine pour fixer le moment où le travail pourra être exécuté et, le cas échéant, le courant momentanément arrêté. Il paraît établi que la ligne électrique reliant l'usine de Charmey au village de ce nom était nue au moment de l'accident, c'est-à-dire non

recouverte de tubes isolants. Les avis des hommes compétents sont partagés au sujet de la garantie qu'offrent ces tubes. On peut dire avec certitude qu'ils n'offrent pas une protection absolue contre les dangers de foudroiement par contact. Dans la position où se trouvait la partie de la conduite dont le contact a causé l'accident, on doit reconnaître qu'elle n'était pas établie avec les soins voulus. Il était trop facile de la toucher depuis le balcon, soit directement, soit par l'intermédiaire de corps conducteurs. Il n'était pas difficile de l'atteindre en se couchant sur le balcon et en passant le bras au dehors. Un certain danger existait pour Mazoni du fait du voisinage de cette conduite ; un contact accidentel pouvait aussi se produire par l'intermédiaire d'un objet métallique (outil, fil ou barre de fer) tenu à la main par une personne placée debout sur le balcon. Si le personnel de l'usine connaissait le danger qu'il y avait à travailler sur le balcon, il devait mettre en garde les personnes qui s'annonçaient comme ayant à travailler en cet endroit.

Une seconde expertise, relative aux conditions d'exécution du travail que Mazoni avait à effectuer au moment de l'accident, eut lieu le 24 janvier 1896 à la requête des parties défenderesses. Le rapport des experts dit en substance ce qui suit : Le bétonnage fait avant la pose de la balustrade servait à consolider les montants. La pose d'une balustrade est un travail des plus simples dans l'exercice du métier de serrurier. Mazoni n'avait nullement besoin de se pencher comme il l'a fait pour exécuter ce travail. Le fil électrique ne gênait aucunement la pose de la balustrade et cela est si vrai que l'on aurait pu fixer une échelle extérieurement en l'appliquant contre la corniche du balcon.

Sur requête de la partie demanderesse, le Conseil fédéral a décidé le 26 août 1896 que l'usine électrique de Charmey n'est pas soumise aux prescriptions de la loi du 23 mars 1877 sur le travail dans les fabriques.

B. Par jugement du 26 septembre 1896, le Tribunal civil de la Gruyère a libéré Albinati des fins de la demande et admis partiellement celle-ci à l'égard de la société électrique

en ce sens qu'il a condamné cette dernière à payer 500 fr. à la veuve Mazoni et 1500 fr. aux enfants.

Dame Mazoni, en son nom et au nom de ses enfants, a interjeté appel de ce jugement en reprenant ses conclusions de première instance tant contre Albinati que contre la société électrique. Dans son exploit d'appel, du 16 octobre 1896, la demanderesse allègue que Mazoni était âgé de 27 ans au moment de son décès. Il gagnait, suivant elle, au moins sept francs par jour ouvrable ; son ouvrier et son apprenti gagnaient cinq francs chacun ; en comptant 4 fr. pour la paie et la pension de l'ouvrier, il restait un bénéfice de 6 fr. pour Mazoni, qui, ajoutés aux 7 fr. qu'il gagnait lui-même, formaient un gain journalier de 13 fr., soit pour 300 jours 3900 fr. Sur cette somme, Mazoni aurait vraisemblablement pu consacrer 600 fr. à l'entretien de sa femme et 1500 fr. à l'entretien de ses enfants.

C. Avant de statuer en la cause, la Cour d'appel a fait procéder par une délégation de ses membres à une inspection des lieux de l'accident. Il a été constaté de nouveau à cette occasion que depuis l'endroit où le fil a été touché par Mazoni jusqu'au bord supérieur de la plateforme, il y a une distance de $0^{m}74$ en ligne oblique et $0^{m}58$ en ligne perpendiculaire.

Par arrêt du 5 mai 1897, la Cour d'appel a confirmé le jugement de première instance en ce qui concerne Albinati ; elle l'a réformé en revanche à l'égard de la société électrique en ce sens qu'elle a élevé l'indemnité à payer par cette dernière à la veuve et aux enfants Mazoni à 500 fr. pour chacun, soit à 2500 fr. au total. La Société électrique de Bulle a été en outre condamnée à tous les dépens vis-à-vis des demandeurs. Ceux-ci ont été par contre condamnés à payer les dépens de la partie Albinati, sauf les frais de l'incident en division de cause, mis par moitié à la charge d'Albinati et de la société électrique.

Cet arrêt est motivé en substance comme suit en tant qu'il concerne la société électrique.

L'usine de Charmey ne tombe pas sous le coup ni de la loi fédérale sur les fabriques de 1877, ni des lois de 1881 et

1887 sur la responsabilité civile des fabricants. Conséquemment il ne peut s'agir en l'espèce que de l'application du droit commun. La responsabilité de l'accident survenu le 1er mai 1894 peut incomber à la Société électrique de Bulle soit comme maître d'une industrie en raison du dommage causé par ses employés (art. 62 CO.), soit comme propriétaire du bâtiment de l'usine, en raison du dommage causé par un vice de la construction (art. 67 CO.).

Au point de vue de l'art. 62, c'est à bon droit que les premiers juges ont relevé le fait que le personnel de l'usine, voyant entrer Mazoni et son apprenti, aurait dû s'enquérir du genre de travail que ceux-ci venaient exécuter et leur indiquer les mesures de prudence que comportait la situation. En outre la société eût dû prévenir son entrepreneur principal pour que le jour où Mazoni viendrait poser la balustrade le courant électrique pût être interrompu.

Au point de vue de l'art. 67 CO., il résulte de l'expertise électro-technique que la partie de la conduite électrique voisine du balcon n'a pas été établie avec les soins voulus et qu'il était trop facile de la toucher depuis le balcon soit directement, soit par l'intermédiaire de corps conducteurs. Cette circonstance met en évidence la faute commise par le personnel de l'usine de n'avoir pas spécialement attiré l'attention de Mazoni sur le danger d'approcher de la conduite électrique.

A ce double point de vue, la responsabilité de la société électrique apparaît comme clairement démontrée.

D'autre part, il y a lieu d'examiner si une faute peut également être imputée à Mazoni.

L'expertise du 27 janvier 1896 démontre que le travail confié à Mazoni était des plus simples et que celui-ci n'avait nullement besoin pour l'effectuer de se pencher comme il l'a fait hors du balcon. Il faut inférer de cette constatation que l'accident doit être attribué pour une certaine part à la faute de la victime. En effet, suivant les déclarations du Dr Perroulaz et du gendarme Ruffieux, Mazoni a dû faire un effort et s'allonger pour toucher le fil. En outre il connaissait le dan-

ger puisque peu auparavant il avait dit : « Dans tous les cas, il faudra bien faire attention. » Ici se place une hypothèse qui n'est nullement exclue par les éléments de la procédure, c'est que lorsqu'il était étendu sur le balcon pour vérifier le scèlement du pilier, Mazoni ait fait un mouvement de la main, de bas en haut, probablement pour retenir son chapeau qui tombait ou encore en faisant effort pour se relever, ce qui expliquerait pourquoi c'est le dessus de son petit doigt qui porte la plus forte empreinte de brûlure.

Jules Mazoni, qui n'était pas un ouvrier de l'usine, mais un sous-entrepreneur chargé d'un travail déterminé, aurait aussi dû s'entendre avec le personnel de l'usine pour fixer le moment où il pourrait commencer son travail. S'il avait procédé ainsi, il est possible que le personnel de l'usine l'eût averti du danger qu'il courait et eût même fait arrêter le courant.

La Cour rejette le grief consistant à reprocher au personnel de l'usine de n'avoir pas immédiatement employé les procédés spéciaux adoptés récemment pour ranimer les foudroyés. On ne saurait imputer à faute au dit personnel d'avoir ignoré en mai 1894 certains procédés qui n'étaient connus alors que d'un petit nombre d'initiés. On ne peut pas davantage lui reprocher d'avoir laissé le corps de Mazoni sans traitement quelconque jusqu'à l'arrivée du lieutenant de la préfecture. Il est prouvé en effet que si le corps de la victime a été laissé sur le lieu de l'accident, c'est sur l'avis du syndic de Charmey.

Il suit de ce qui précède que l'accident du 1er mai 1894 doit être attribué à un concours de fautes tel que la responsabilité de la société défenderesse s'en trouve atténuée.

Il se justifie, d'autre part, de tenir compte dans l'évaluation de l'indemnité du fait qu'au témoignage du contrôleur Corpataux, Mazoni n'était pas dans une situation financière prospère. Par tous ces motifs, la Cour fixe l'indemnité à 500 fr. pour la veuve et 500 fr. pour chacun des quatre enfants.

D. La veuve Mazoni et la société électrique ont déclaré en temps utile recourir auprès du Tribunal fédéral contre l'arrêt de la Cour d'appel de Fribourg.

La première conclut à ce qu'il plaise au Tribunal fédéral

de réformer le dit arrêt et condamner la société électrique à payer, avec suite de dépens, à la veuve Mazoni et à ses enfants les indemnités en capital ou sous forme de rentes viagères réclamées en première instance et en appel, avec intérêt dès le 13 décembre 1894.

La société électrique conclut de son côté à la réforme de l'arrêt dont est recours dans le sens de l'admission de ses conclusions libératrices de première et seconde instance.

A l'ouverture des débats, son conseil requiert qu'il soit procédé par le Tribunal fédéral à une inspection des lieux où s'est produit l'accident.

Vu ces faits et considérant en droit :

1. — Aucun des recours n'est dirigé contre l'arrêt de la Cour d'appel de Fribourg en tant qu'il déboute la partie demanderesse des fins de son action contre l'entrepreneur Albinati et la condamne aux frais. Cet arrêt est dès lors définitif en ce qui concerne ce dernier et le Tribunal fédéral a seulement à s'occuper de l'action dirigée contre la société électrique.

2. — Cette dernière, par l'organe de son conseil, a demandé qu'il soit procédé par le Tribunal fédéral à une inspection des lieux où s'est produit l'accident origine du procès. Cette réquisition ne peut toutefois être accueillie. L'inspection locale est un moyen de preuve et toutes les preuves doivent être administrées devant les instances cantonales (art. 80 OJF.). Le Tribunal fédéral doit rendre son jugement sur la base des faits constatés par la dernière instance cantonale. Si ces constatations sont insuffisantes et qu'il y ait lieu de compléter le dossier, il ne peut recevoir lui-même des preuves complémentaires, mais doit annuler le jugement dont est recours et renvoyer la cause au tribunal cantonal pour compléter le dossier (éventuellement par une inspection locale) et statuer à nouveau (art. 81 et 82, al. 2 OJF). Il suit de là qu'il ne saurait en aucun cas procéder à une inspection locale.

3. — L'action intentée à la Société électrique de Bulle n'appelle évidemment pas l'application des lois spéciales sur la responsabilité des fabricants, et cela, abstraction faite d'autres considérations, par la raison que Mazoni n'était pas employé ou ouvrier au service de la dite société. Celle-ci ne peut donc

être tenue de répondre des suites de l'accident du 1er mai 1894 qu'en vertu des règles du droit commun.

4. — La Cour cantonale a admis que la Société électrique de Bulle est partiellement responsable de cet accident, tant en vertu de l'art. 62 que de l'art. 67 CO.

Quant aux conditions d'application de l'art. 62 CO, il n'est pas douteux que la société par actions constituée sous le nom de Société électrique de Bulle soit une personne morale et qu'elle exerce une industrie. Ces deux points n'ont fait l'objet d'aucune contestation de sa part. Il s'agit de savoir, en outre, si l'accident qui a frappé Mazoni a été causé, dans l'accomplissement de leur travail, par les ouvriers ou employés de la société et si cette dernière est fondée à soutenir, pour sa libération, qu'elle avait pris toutes les précautions nécessaires afin de prévenir le dommage.

L'arrêt cantonal admet en fait, conformément à l'avis des experts électro-techniques, que la partie de la conduite électrique voisine du balcon n'avait pas été établie avec les soins voulus et qu'il était trop facile de la toucher depuis le balcon, soit directement, soit par l'intermédiaire de corps conducteurs. La société électrique avait ainsi créé un état de choses dangereux, et de là résultait pour elle, conformément à ce que le Tribunal fédéral a déjà jugé dans divers cas analogues (voir entre autres *Rec. off.* XI, page 60, consid. 6), l'obligation de prendre les mesures de précaution commandées par les circonstances pour prévenir les conséquences dommageables de cet état de choses, soit pour empêcher que les personnes pénétrant sur le balcon fussent exposées à un contact direct ou indirect avec la conduite dangereuse. Il n'a pas même été allégué qu'en fait des mesures de précaution quelconques aient été prises dans ce but. Au contraire, l'expertise électro-technique constate que même dans le voisinage du balcon la conduite était nue, c'est-à-dire dépourvue de toute enveloppe isolante. Il est vrai que les experts déclarent que les tubes isolants n'offrent pas une garantie absolue contre le danger de foudroiement par contact. Mais il ressort de cette affirmation même que ces tubes offrent tout au moins une garantie relative. Il est dès lors possible que l'accident

arrivé à Mazoni eût été évité ou moins grave si la société électrique, soit ses organes ou employés, n'avaient pas négligé cette précaution.

L'absence d'appareils isolants rendait d'autant plus nécessaire que la société prît des mesures afin que les personnes pénétrant sur le balcon fussent mises en garde contre le danger résultant du voisinage de la conduite. Or tout a été négligé à cet égard aussi. Mazoni et son apprenti ont pu pénétrer dans l'usine de Charmey et arriver jusqu'au balcon près duquel passait la conduite sans avoir à rendre compte à personne du but de leur visite et sans que ni le contremaître Cosandey, ni le second employé qu'ils rencontrèrent leur demandassent ce qu'ils venaient faire et les prévinssent du danger. C'est à bon droit que les instances cantonales ont vu dans cette insouciance du personnel de l'usine une négligence sans laquelle l'accident eût peut-être été évité. Une usine électrique, même lorsque ses installations ne créent pas de danger extraordinaire, n'est pas un lieu où le premier venu puisse être admis à pénétrer et à circuler sans contrôle du personnel. A supposer que les employés de l'usine de Charmey ne connussent pas Mazoni ni le but de sa visite, ainsi que l'a affirmé le contremaître Cosandey, ils avaient le devoir d'interroger l'arrivant à cet égard. S'ils étaient déjà renseignés ou après s'être renseignés, ils devaient en outre le mettre en garde contre le danger résultant du voisinage de conduite électrique, danger qu'eux-mêmes ne pouvaient ignorer, et s'entendre au besoin avec lui sur les dispositions à prendre pour qu'il pût exécuter son travail dans des conditions de sécurité suffisantes. Leurs recommandations ou les dispositions qu'ils eussent peut-être été amenés à prendre auraient pu avoir pour effet de prévenir l'accident.

L'arrêt cantonal repousse en revanche le grief tiré de ce que le personnel de l'usine n'a pas cherché à ranimer Mazoni en employant les procédés spéciaux aujourd'hui usités en pareille circonstance. Il constate qu'en mai 1894 ces procédés n'étaient encore connus que d'un petit nombre d'initiés et en conclut, avec raison, qu'on ne saurait reprocher au personnel de l'usine de Charmey de les avoir ignorés alors.

De ce qui précède il résulte non seulement que la société électrique n'a pas pris les mesures commandées par les circonstances pour prévenir l'accident arrivé à Mazoni, mais en outre que cet accident a été causé, sous réserve de ce qui sera dit tout à l'heure de la faute de la victime, par la négligence des dites mesures de la part des organes de la société et de la part du personnel de l'usine de Charmey. La société électrique est donc responsable en principe, en vertu de l'art. 62 CO, des suites du dit accident.

5. — Mais cette responsabilité n'est pas exclusive et l'on doit reconnaître avec les juges d'appel que Mazoni a contribué également par sa faute à amener l'accident dont il a été victime. Si, d'une part, comme il a été dit plus haut, le personnel de l'usine avait le devoir de s'enquérir qui il était et pourquoi il venait à l'usine, lui qui n'était pas un ouvrier régulier de l'établissement et n'y avait pas ses entrées libres, avait, de son côté, le devoir d'annoncer et de faire connaître le but de sa visite. S'il l'eût fait, le personnel de l'usine eût peut-être été amené à lui faire des recommandations utiles ou à prendre des mesures pour assurer sa sécurité. Il avait d'autant plus raison de s'entendre avec le dit personnel avant de commencer son travail qu'il avait lui-même conscience d'un certain danger, ainsi que le prouvent ses paroles adressées à l'employé Bugnard : « Dans tous les cas, il faudra faire bien attention, » paroles dont le sens précis est demeuré inexpliqué et dans lesquelles les juges d'appel ont cru voir une allusion au danger résultant du voisinage de la conduite électrique passant sous le balcon. En fait il n'est pas démontré que Mazoni ait connu cette cause spéciale de danger et tout ce que l'on peut inférer de ses paroles susrappelées, c'est qu'il savait d'une manière générale qu'il y avait du danger à travailler dans le voisinage d'installations électriques et que, par conséquent, il convenait de manœuvrer prudemment.

Considérant qu'il n'était pas nécessaire pour l'exécution de son travail qu'il se penchât hors du balcon, la Cour cantonale a estimé que Mazoni avait commis une seconde faute en se penchant comme il l'a fait. Le Tribunal fédéral ne saurait partager cette manière de voir. Il résulte en effet des constata-

tions du Dr Perroulaz et de celles faites par les instances cantonales à l'occasion des inspections locales, que la distance qui séparait la conduite du bord du balcon était au minimum de 56,5 cm. en ligne verticale et de 70 cm. en ligne oblique. Or cette distance était évidemment suffisante pour que, même s'il connaissait le danger qu'offrait cette conduite, Mazoni pût, sans commettre par ce fait seul une imprudence, se pencher sur le bord du balcon et passer la main sous la plateforme, afin de vérifier le scèlement d'un montant ou dans tout autre but en rapport avec l'exécution de son travail. En revanche, et en raison précisément de la distance de la conduite électrique et de l'effort qu'il fallait faire, au dire du Dr Perroulaz et du gendarme Ruffieux, pour l'atteindre de la main, on doit admettre que Mazoni n'a pu arriver à la toucher qu'en prenant au bord du balcon une position si avancée ou en faisant avec le bras droit des mouvements tels qu'on devrait y voir une imprudence de sa part s'il était établi, ce qui n'est pas le cas, qu'il connût l'existence de la conduite électrique et le danger qu'elle présentait.

La seule faute que l'on puisse imputer à Mazoni, étant donnée l'ignorance où l'on est de la manière exacte dont l'accident s'est produit, est donc de s'être introduit dans l'usine sans se faire connaître du personnel et sans indiquer ce qu'il venait y faire.

6. — La responsabilité de la société électrique étant établie au regard de l'art. 62 CO, il est inutile de rechercher si elle pourrait aussi être basée sur l'art. 67 *ibid.* A supposer que ce dernier article fût applicable en l'espèce, il y aurait lieu dans ce cas aussi de tenir compte de la faute concomitante de la victime, conformément à la disposition de l'art. 51, al. 2 CO, et la responsabilité de la société ne serait pas plus étendue que celle qui découle de l'art. 62.

7. — Le dossier ne fournit que des données incomplètes au point de vue de l'évaluation du préjudice souffert par les demandeurs, de sorte qu'il est impossible de fixer le montant de l'indemnité par un calcul précis. C'est en appel seulement que les demandeurs ont allégué que J. Mazoni avait 27 ans au moment de l'accident. Ce fait n'a toutefois pas été contesté

et on peut le tenir pour exact. L'âge de la veuve Mazoni n'a par contre été indiqué nulle part dans la procédure. Enfin et surtout aucune preuve n'a été entreprise pour établir quel était le gain quotidien ou annuel de Mazoni. On peut néanmoins admettre que ce dernier, comme maître serrurier occupant un apprenti et quelquefois un ouvrier, pouvait gagner au moins 2000 fr. par an et affecter la moitié environ de cette somme à l'entretien de sa famille.

Il est avéré, d'autre part, que sa situation n'était pas prospère et qu'il avait dû aliéner en 1891 les immeubles qu'il avait hérités de son père. Il est à remarquer d'ailleurs que conformément à la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, les enfants n'ont droit à une indemnité pour perte de leur soutien que jusqu'à l'âge de 16 ans révolus et non jusqu'à l'âge de 18 ans indiqué dans les conclusions de la demande. Enfin il y a lieu de réduire l'indemnité en raison de la part de responsabilité qui incombe à la victime de l'accident. Par ces divers motifs il apparaît équitable de fixer la dite indemnité à 4000 fr., dont 1000 fr. pour la veuve et 3000 fr. à répartir entre les quatre enfants proportionnellement au nombre d'années restant à courir jusqu'à ce que chacun d'eux ait atteint l'âge de 16 ans révolus.

En conséquence,

Le Tribunal fédéral
prononce :

Le recours de la veuve Emma Mazoni et de ses enfants est admis et l'arrêt de la Cour d'appel de Fribourg, du 5 mai 1897, réformé en ce sens que l'indemnité à payer par la Société électrique de Bulle est fixée à 4000 fr. (quatre mille francs), dont mille pour la veuve Mazoni et trois mille pour les enfants, avec intérêt au taux légal dès le 13 décembre 1894. Le dit arrêt est confirmé pour le surplus.

Siehe auch Nr. 126, Urteil vom 28. Mai 1897 in Sachen Kanton St. Gallen gegen Toggenburger-Bahn.

VI. Haftpflicht für den Fabrik- und Gewerbebetrieb.

Responsabilité pour l'exploitation des fabriques.

118. *Arrêt du 7 avril 1897 dans la cause Commune de Lausanne contre Blanchard.*

Eugène Blanchard, né le 13 décembre 1856, marié le 1er mai 1879 avec la recourante Marie Blanchard née Forel, est entré au service de la Commune de Lausanne le 9 mai 1891 en qualité de manœuvre attaché à l'entretien de la voirie ; il travaillait en général en qualité de manœuvre avec les paveurs, parfois aussi avec d'autres ouvriers, mais jamais comme charretier.

Le 6 juin 1896 il travaillait comme manœuvre ; un des charretiers de la commune le pria de garder un instant son cheval, attelé à un tombereau chargé. Blanchard voulut faire marcher l'attelage ; sans qu'on sache comment le fait s'est produit, Blanchard fut renversé et le cheval lui marcha sur la jambe, qui fut fracturée.

Blanchard, qui était alcoolique, fut immédiatement transporté à l'Hôpital cantonal ; le 7 juin il fut pris d'une crise de delirium tremens ; le 11, une double pneumonie se déclara, et il mourut le lendemain 12. Le docteur Vulliet avait déclaré une incapacité de travail probable de trois mois.

D'une expertise médicale intervenue en cours de procès, il résulte notamment ce qui suit :

La fracture du tibia et du péroné produite par l'accident n'était pas de nature à causer la mort. Celle-ci doit être attribuée à l'état d'alcoolisme du lésé. Dès le 7 juin le tremor dans la nuque apparaît, puis dans les mains ; le 8 le delirium tremens se caractérise, et il ne s'arrête que quelques heures avant la mort. Dès le 11 la température s'élève, une inflammation aiguë s'étant produite dans les deux poumons. Le delirium est la preuve absolue de l'intoxication alcoolique ;

ce délire spécial est caractéristique de l'alcoolisme chronique et ne se retrouve nulle part ailleurs. La pneumonie double indique par son siège, sa forme, son évolution et sa gravité un état morbide antérieur ; souvent les alcooliques meurent ainsi. Le traumatisme, par simple choc ou par choc nerveux, a été le provocateur de la crise de delirium et de la pneumonie. Blanchard était en état de saturation alcoolique latente ; la cause la plus banale eût pu faire éclore des phénomènes qui, sans elle, eussent pu se produire plus tard, ou même jamais, si Blanchard eût cessé de boire. La commotion, le changement de vie et de régime, ont été l'occasion de l'évolution aiguë de l'alcoolisme.

C'est à la suite du décès de Blanchard que sa veuve a, par exploit du 27 juin 1896, ouvert à la Commune de Lausanne une action en responsabilité civile, tendant à faire condamner la défenderesse à lui payer la somme de 5000 fr., modération de justice réservée, avec intérêt à 5 % dès la notification du dit exploit.

La Commune de Lausanne a conclu à libération, et subsidiairement à une réduction notable des conclusions de la demanderesse.

Statuant par jugement du 9 février 1897, la Cour civile vaudoise a prononcé ce qui suit :

I. — La Commune de Lausanne est condamnée à payer à veuve Blanchard une somme de 2500 fr., avec intérêt à 5 % l'an dès le 27 juin 1896.

II. — Elle est condamnée aux dépens.

III. — Toutes plus amples conclusions des parties sont écartées.

Le dit jugement constate entre autres les faits ci-après :

La demanderesse paraît maladive et beaucoup plus âgée qu'elle ne l'est en réalité ; elle n'est pas malade, ni infirme, mais son état général de santé est misérable. Blanchard gagnait, au moment de sa mort, 3 fr. 50 c. par jour et, chômant peu, il travaillait environ 300 jours par an ; il dépensait une partie de son gain à boire, mais la plus forte partie à son entretien et à celui du ménage. La demanderesse tra-

vaille hors de chez elle et gagne environ 15 fr. par mois, en aidant dans les ménages, etc.; ce travail est payé de 20 à 25 c. l'heure. Elle dépensait son gain à son entretien et à celui du ménage; elle n'avait pas d'autre soutien que son mari. En conciliation, la Commune de Lausanne a offert amiablement 1000 fr. à la veuve Blanchard, et elle a maintenu cette offre, qui n'a pas été acceptée, à l'audience du 19 septembre.

Le jugement attaqué s'appuie, en substance, sur les motifs de droit suivants:

La défenderesse reconnaît être soumise aux dispositions des lois fédérales sur la responsabilité civile, pour le service de la voirie; elle se borne à soutenir que les circonstances particulières dans lesquelles s'est produite la mort de Blanchard sont de nature à l'exonérer de toute responsabilité. Il y a donc lieu seulement à examiner si la Commune de Lausanne, responsable même en l'absence de toute faute de sa part (art. 2 de la loi du 25 juin 1881), se trouve au bénéfice d'une ou de plusieurs des circonstances mentionnées dans cette loi comme excluant ou atténuant cette responsabilité, ou si au contraire il existe une circonstance de nature à aggraver celle-ci. Aucune faute ne peut être reprochée à la Commune; l'accident n'a point été causé par la faute d'un mandataire, représentant, directeur ou surveillant de la défenderesse dans l'exercice de ses fonctions. Aucune faute n'est, d'autre part, imputable à la victime. En revanche la Commune peut invoquer à bon droit, en vue d'une équitable réduction de l'indemnité, la circonstance que l'accident a été le résultat d'un cas fortuit (même loi art. 5 litt. *a*). En second lieu il est établi que Blanchard était un alcoolique, et que sans cette circonstance à lui personnelle, l'accident n'aurait pas été suivi de mort. Cette circonstance doit entraîner une réduction notable de l'indemnité, soit en appliquant par analogie l'art. 5 litt. *c* précité, soit, même à ce défaut, à teneur de l'art. 6 et 11 *ibidem*. En ce qui concerne la quotité du dommage, l'élément essentiel est le préjudice causé à l'époux survivant, l'incapacité de travail n'ayant duré que quelques

jours, et les frais de traitement et de funérailles n'ayant point été à la charge de la demanderesse. Vu l'ensemble des circonstances de la cause, il paraît équitable de fixer à 2500 fr. l'indemnité à allouer à veuve Blanchard.

C'est contre ce jugement que la Commune de Lausanne a recouru en réforme pour fausse application des lois fédérales des 25 juin 1881 et 26 avril 1887 sur la responsabilité civile des fabricants, notamment des dispositions renfermées aux art. 5 et 6 de la première de ces lois. C'est à tort, au dire de la recourante, qu'au regard des faits établis par l'instruction et admis par le premier juge, celui-ci a fixé au chiffre de 2500 fr. une indemnité qui ne devait pas excéder 1000 fr.

La veuve Blanchard a conclu au rejet du recours.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1. — Le recours de la Commune de Lausanne porte uniquement sur la fixation de la quotité de l'indemnité à allouer à la demanderesse, indemnité que la recourante estime ne devoir pas dépasser la somme de 1000 fr. Conformément à l'art. 6, al. 2 de la loi fédérale du 25 juin 1881, le Tribunal fédéral doit déterminer cette quotité, en tenant compte de l'ensemble des circonstances de la cause, et par conséquent aussi des conditions exceptionnelles dans lesquelles se présente le litige actuel, ainsi que cela résulte de l'état de fait admis par l'instance cantonale.

2. — Il y a lieu, à cet effet, de rechercher d'abord quelle eût été l'indemnité à payer à la demanderesse dans des circonstances normales, et ensuite si la réduction que le jugement cantonal a fait subir à cette somme en la fixant à 2500 fr. apparaît comme suffisante.

En admettant, avec la Cour civile, que Blanchard gagnait annuellement 1050 fr., salaire de 300 journées de travail à 3 fr. 50 c., et en déduisant de cette somme totale les frais de son entretien personnel, ainsi que les dépenses auxquelles il se livrait pour satisfaire son penchant immodéré à la boisson, il convient d'évaluer au tiers de son gain total, soit à 350 fr. par année, le montant annuel dont profitait la

demanderesse. Or pour assurer à celle-ci, âgée de 43 ans au moment de l'accident, une rente viagère de cette importance, un capital de 5266 fr. serait nécessaire.

De ce capital il y aurait lieu, en tout état de cause, de déduire d'abord, conformément à la jurisprudence du tribunal de céans et en application de l'art. 5, lettre *a* de la loi de 1881 précitée, le 20 pour cent par le motif que la mort de la victime a été le résultat d'un accident fortuit, et le 10 pour cent pour l'avantage résultant pour la demanderesse du fait qu'elle perçoit un capital au lieu d'une rente, ce qui ferait ressortir l'indemnité à laquelle la veuve Blanchard aurait droit dans des circonstances normales, à la somme ronde de 3600 fr.

3. — Ce chiffre doit toutefois subir une nouvelle et importante réduction par le motif que, vu l'état d'alcoolisme chronique dans lequel se trouvait Blanchard à la suite de ses habitudes invétérées de boisson, la durée probable de sa vie et de sa capacité de travail doit être évaluée bien au-dessous de la moyenne. Il serait en effet contraire au droit comme à l'équité de condamner le patron à une indemnité égale à celle qu'il doit payer en cas de décès d'un ouvrier valide et sain, alors que, dans le cas particulier, le décès doit être attribué à n'en pas douter et en première ligne aux excès de la victime elle-même. Or tel est le cas en l'espèce, puisque le rapport médical, très affirmatif sur ce point, admet comme certain que l'accident survenu à Blanchard aurait entraîné seulement une incapacité de travail de trois mois au maximum, sans les complications dont son état d'alcoolisme chronique, engendré par ses excès de boisson, a été l'unique cause. Si l'on considère que, dans le cours ordinaire des choses, cet état de saturation alcoolique latente, qui bien certainement n'aurait pu que s'aggraver encore, exposait Blanchard à une mort prématurée, et que sa capacité de travail aurait été en tout cas, sinon supprimée, tout au moins considérablement diminuée au bout de très peu d'années, la réduction d'un tiers environ de l'indemnité normale, opérée de ce chef par la Cour cantonale, apparaît comme insuffisante. Il convient dès lors de la majorer dans une notable

proportion, et de réduire à la somme de 1600 fr. le montant de l'indemnité due à la demanderesse.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours de la Commune de Lausanne est admis partiellement en ce sens que l'indemnité due par elle à la demanderesse est réduite à la somme de 1600 fr., avec intérêt à 5 % l'an dès le 27 juin 1896, date de la notification de l'exploit de demande.

---

119. Urteil vom 8. April 1897 in Sachen Georges gegen Durand, Huguenin & Cie.

A. Auf die durch das Bundesgericht in seinem Urteil vom 24. September 1896* angeordnete Rückweisung der Sache an die kantonale Instanz hin veranstaltete das Appellationsgericht von Baselstadt über die Frage des Kausalzusammenhanges zwischen der Lungenkrankheit des Klägers Georges und dem Unfall, von dem er am 29. Mai 1895 betroffen worden ist, eine gerichtliche Expertise durch Professor Dr. Massini. Dieser führt in seinem Gutachten, nachdem er konstatiert, daß Kläger gegenwärtig an einer ausgebreiteten tuberkulösen Infiltration der ganzen linken Lunge leide, aus: Theoretisch sei die Annahme, daß eine Verletzung, Contusion, Erschütterung oder partielle Zerreissung der Lungen zu Tuberkulose führen könne, nicht als ganz unmöglich zu bezeichnen, wenn auch sichere Fälle und einwandfreie Beweise hiefür nicht bekannt seien. Etwas anders stelle sich jedoch das Verhältnis dar, wo bei Eintritt der Contusion schon Lungenaffektion bestanden habe; hier seien die Bedingungen für die Verschlimmerung des Leidens naheliegend. Zunächst könne, wo Narbenbildung in den Lungen, wo Verwachsungen der Lunge mit dem Brustfell bestehen, schon ein relativ geringes Trauma zu Lungenblutung

---

* In der *Amtlichen Sammlung* nicht abgedruckt.

führen; ebenso sei bekannt, daß durch traumatische Eingriffe, bei denen tuberkulöse Herde gestört, eröffnet, gerissen oder zerquetscht werden, ein Eintritt von Tuberkelgift in den Kreislauf stattfinden könne, der dann zu einer akut verlaufenden Tuberkulose führe; Fälle dieser Art seien nicht gerade selten. Da nun Kläger sechs Jahre vor dem Trauma eine exsudative Brustfellentzündung durchgemacht und diese zweifellos Verwachsungen zwischen Lunge und Brustfell zurückgelassen habe, so könnten diese auch bei einem einfachen Sturz, ohne Contusion der Brust, zu einer Zerrung, ja auch zu einer Zerreissung der Lunge geführt haben. Wäre deshalb die Blutung sofort nach dem Falle eingetreten, so würde die große Wahrscheinlichkeit vorliegen, daß der Sturz die direkte Ursache derselben gewesen sei, und es hätte auch die darauffolgende Tuberkulose mit einiger Wahrscheinlichkeit auf das Trauma können zurückgeführt werden. Nun sei aber die Blutung erst am dritten Tage nach dem Falle aufgetreten und es habe sich die Tuberkulose nicht auf der rechten, wo die Brustfellentzündung bestanden habe, sondern auf der linken Seite entwickelt. Diese Umstände lockerten den Zusammenhang mit dem Trauma beträchtlich und es könnte zur Unterstützung eines solchen höchstens angeführt werden, daß das Allgemeinbefinden nach dem Falle bis zum Eintritt der Blutung gestört gewesen sei und der Appetit gefehlt habe. Es lasse sich die Sache am ehesten so erklären, daß durch den Fall eingekapselte Tuberkelherde in den Kreislauf gekommen seien, sich dort entwickelt und sich in der gesunden Lunge etabliert haben, wo sie dann zu einer sekundären tuberkulösen Lungenblutung geführt haben; diese Blutung, wie die folgenden, seien zudem sicher begünstigt worden durch den bestehenden Herzfehler. Unter allen Umständen sei Kläger durch seine vor der Verletzung bestehenden körperlichen Verhältnisse zu Lungenblutungen disponiert gewesen, und es habe wohl keines bedeutenden Ereignisses bedurft, um eine solche zu provozieren; ob aber das überstandene Trauma oder ob eine in jener Zeit erfolgende Tuberkelinfektion von außen den Anlaß zu der nachfolgenden Schwindsucht gegeben habe, lasse sich mit Sicherheit nicht entscheiden, da die Möglichkeit einer Tuberkelinfektion eine sehr verbreitete sei. Das Basler Appellationsgericht wies, gestützt auf dieses Gutachten, den Kläger mit seiner Klage ab, indem es

im wesentlichen ausführte: Im Hinblick auf die für den Unternehmer sehr strenge Haftpflicht müsse daran festgehalten werden, daß die Schädigung durch den Betrieb außer Zweifel gestellt sei. Dies sei aber hier nicht der Fall. Ein hauptsächliches Moment für die Herstellung des Kausalzusammenhanges zwischen Sturz und Krankheit, die sofortige Blutung, fehle, und damit sei ein sicherer Schluß verwehrt und man sei auf Möglichkeiten verwiesen, die alle gleichen Anspruch auf Berücksichtigung hätten und dadurch die Gewißheit ausschlössen.

B. Gegen dieses Urteil hat namens des Klägers Advokat Dr. Stöcklin den Rekurs an das Bundesgericht erklärt und den Klagantrag wieder aufgenommen, der dahin geht, es seien Beklagte zu verurteilen, dem Kläger den Betrag von 4208 Fr. zu bezahlen, unter Kostenfolge. Im heutigen Vorstande wiederholte er diesen Antrag, indem er überdies erklärte, daß an Stelle des seither verstorbenen Klägers seine Erben, nämlich seine Witwe Lydia Georges geb. Doppler und ein Kind Emilie Georges, in den Prozeß eintreten. Advokat Dr. Blanchet trug namens der Beklagten auf Abweisung des Rekurses und Bestätigung des angefochtenen Urteils an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

Die entscheidende Frage, ob die Lungenkrankheit des (ursprünglichen) Klägers auf den Unfall vom 29. Mai 1895 zurückzuführen sei, ist als solche thatsächlicher Natur und es ist daher das Bundesgericht zu einer Überprüfung nicht berufen. Nur wenn dabei die Beweislast unrichtig verteilt oder das Beweisthema in einer mit dem Begriff des Kausalzusammenhangs nicht vereinbaren Weise gefaßt worden wäre, könnte das Bundesgericht eine selbständige Prüfung der maßgebenden Frage eintreten lassen. Dies ist aber hier nicht der Fall. Im Gegenteil hat mit Recht das Basler Appellationsgericht vom Kläger den Nachweis dafür verlangt, daß sein Leiden auf den beim Betrieb der Fabrik der Beklagten erlittenen Unfall zurückzuführen sei und es auch abgelehnt, die übrigen Umstände des Falles für geeignet zu erklären, um eine thatsächliche Vermutung für das Bestehen des Kausalzusammenhanges zu begründen. Es ginge dies doch nur da an, wo der gewöhnliche Verlauf der Dinge auf das Bestehen des be-

haupteten Kausalzusammenhanges hinweisen würde, nicht aber auch da, wo erfahrungsgemäß für eine bestimmte Folge mehrere gleichwertige Erklärungsmöglichkeiten vorhanden sind. Es geht ferner die Vorinstanz auch nicht etwa davon aus, daß der Kläger die Unmöglichkeit einer andern Art der Entstehung der Lungenkrankheit nachgewiesen habe, und überhaupt ist nicht ersichtlich, daß von derselben ein, mit dem Begriffe des Kausalzusammenhanges nicht vereinbarer, zu schwerer Beweis verlangt worden wäre. Wenn nämlich auch im angefochtenen Urteile gesagt ist, es sei nach dem Gutachten die Gewißheit für das Bestehen des Kausalzusammenhanges zwischen Unfall und Krankheit ausgeschlossen, so ist darunter doch nur die subjektive Gewißheit, die Überzeugung des Richters, zu verstehen, wie ja überhaupt in Prozessen in der Regel von einer durch Beweis zu erstellenden absoluten Gewißheit nicht gesprochen werden kann, und es wollte damit nicht gesagt werden, daß zum Beweise einer Thatsache nicht auch eine hohe, alle andern Möglichkeiten völlig in den Hintergrund drängende Wahrscheinlichkeit genüge. Es könnte deshalb von dem vorinstanzlichen Urteil nur noch abgegangen werden, wenn die thatsächlichen Annahmen desselben mit den Akten in Widerspruch ständen. Dies trifft aber nicht zu, so daß dasselbe bestätigt werden muß.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das angefochtene Urteil bestätigt.

---

120. Urteil vom 21. April 1897 in Sachen Papierfabrik Perlen gegen Huwyler.

A. Mit Urteil vom 30. Januar 1897 hat das Obergericht des Kantons Luzern erkannt: Die Beklagte habe den Klägern zu bezahlen:

a. an Taglohnentschädigung	Fr.	3000 —
b. an Verpflegungskosten	„	300 —
c. an Guchtachtenkosten	„	233 10,

mit den abweichenden Begehren seien die Parteien abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil ergriffen beide Parteien rechtzeitig die Berufung an das Bundesgericht.

Die Beklagte und erste Rekurrentin stellte die Anträge: Das obergerichtliche Urteil sei dahin abzuändern, daß die Papierfabrik Perlen nichts an die Geschwister Huwyler zu bezahlen habe, deren Klage also gänzlich abzuweisen sei.

Die Anträge der Kläger und zweiten Rekurrenten lauten dagegen:

1. Die Beklagte habe an die Kläger eine Entschädigung von 6000 Fr. nebst Zins zu 5 % seit dem Datum des Friedensrichtervorstandes zu bezahlen.

2. Die Beklagte habe an die Klägerschaft ferner zu bezahlen Verpflegungskosten vom 1. August 1889 bis 31. Mai 1894, 1 Fr. 50 Cts. pro Tag = 2098 Fr. 50 Cts., nebst Zins à 5 % seit 31. Mai 1894, sowie die sämtlichen Kosten der ärztlichen Behandlung.

3. ꝛc.

4. Eventuell sei das Rechtsbegehren der (ursprünglichen) Klage gutzuheißen.

C. In der heutigen Verhandlung wiederholt der Vertreter der Beklagten zunächst seinen schriftlich gestellten Hauptantrag und beantragt eventuell, das obergerichtliche Urteil sei in der Hauptsache zu bestätigen. Dabei erhebt er zur Begründung seines Hauptantrages neu die Einrede der mangelnden Aktivlegitimation der Kläger.

Der Vertreter der Kläger plädiert für Gutheißung seiner in seiner Berufungserklärung gestellten Anträge.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der seit Jahren in der Fabrik der Beklagten als Schreiner angestellt gewesene Vater der heutigen Kläger, Joseph Huwyler, erlitt am 1. August 1889 bei Prüfung der Funktionen des Aufzuges in der Fabrik einen Unfall, indem ein mit Erde gefüllter, zwei Zentner schwerer Sack nach seiner Aussage auf seine rechte Schulter, nach Aussage eines Mitarbeiters auf die rechte Lende, fiel, der ihn zu Boden warf. Für die Zeit vom 1. August 1889 bis 17. Oktober 1889 bezahlte ihm die Fabrik den Taglohn nebst einer täglichen Zulage von 60 Rp., da er bis dahin in ärztlicher Behandlung gewesen und an jenem Tage als „geheilt" entlassen

war. Am 29. April 1890 erhob der Verunglückte gegen die Papierfabrik eine Klage auf Bezahlung folgender Beträge:

a. für entgangenen Lohn während der Krankheit bis 1. März 1890 zu 3 Fr. 50 Cts. pro Tag, 179 Tage = ...	Fr.	626 50
mit Berechtigung zum Abzuge des schon gezahlten;		
b. für Verpflegungskosten bis 1. Dezember 1890 zu 1 Fr. 50 Cts. pro Tag, 105 Tage =	„	157 50
c. für Schaden wegen dauernder gänzlicher Erwerbsunfähigkeit	„	6000 —
Summa	Fr.	6784 —

Die Beklagte anerkannte nur die Pflicht zur Zahlung des Lohnes vom 1. August bis 17. Oktober 1889, woran sie noch 2 Fr. 40 Cts. schuldete. Vom Bezirksgericht Luzern wurde eine Expertise durch den Amtsarzt und dessen Stellvertreter, und eine Oberexpertise durch den Sanitätsrat des Kantons Luzern angeordnet. Das Gutachten des Sanitätsrates datiert vom 22. Juni 1891. Beide Gutachten gelangten, — im wesentlichen in Übereinstimmung mit den Zeugnissen mehrerer Ärzte, die den Huwyler inzwischen behandelt hatten, — zu dem Schlusse, eine dauernde Arbeitsunfähigkeit infolge des Unfalls sei nicht anzunehmen; auch sei Simulation nicht ausgeschlossen. Das Gutachten des Amtsarztstellvertreters läßt im weitern die Möglichkeit offen, daß bleibende Folgen der Verletzung vorhanden sein könnten. Gestützt auf diese Gutachten hieß das Bezirksgericht die Klage nur im Betrage von 128 Fr. 40 Cts. für entgangenen Arbeitslohn, nebst Verzugszins seit 21. April 1890, gut, und wies die Mehrforderung ab. Dieses Urteil wurde vom Obergerichte Luzern unterm 16. Oktober 1891 bestätigt. Eine Weiterziehung des obergerichtlichen Urteils erfolgte nicht.

Der Zustand des Huwyler verschlimmerte sich jedoch rasch. Am 27. Dezember 1893 fand eine Untersuchung durch die Professoren Huguenin und Kaufmann statt; ihr am 28. Februar 1894 dem damaligen Anwalte des Huwyler abgegebenes Gutachten gelangt zu folgenden Schlüssen:

„I. Unsere Untersuchung vom 27. Dezember 1893 wies bei

„dem schon längere Zeit bettlägerigen, hochgradig abgemagerten „Huwyler eine tuberkulöse Erkrankung der Wirbelsäule im Be„reiche der beiden untern Brust- und des ersten Lendenwirbels, „der linken 5. und 9. Rippe, und des rechten Nebenhodens nach.

„II. Nach den uns zur Verfügung stehenden, unserm Berichte „beigelegten Angaben des behandelnden Arztes traten die ausge„sprochenen Zeichen der Erkrankung vom Februar bis November „1893 in Erscheinung.

„III. Die Unfallverletzung bezeichnen wir an der Hand der „Akten und unserer Erfahrung als Quetschung und Verstauchung „der Wirbelsäule im untern Brust- und Leidenteile.

„IV. Als sekundäre Krankheit trat an der Verletzungsstelle eine „tuberkulöse Wirbelerkrankung auf, die weiterhin zu Tuberkulose „zweier Rippen, des Unterkiefers und des rechten Nebenhodens „führte.

„V. Der Zusammenhang dieser sekundären Erkrankung mit der „Unfallverletzung wird aktenmäßig erbracht: Bei dem vor dem „Unfalle nie ernstlich kranken, stets arbeitsfähigen Manne traten „in unmittelbarem Anschlusse an die stattgehabte Verletzung „Schmerzen im Verletzungsgebiete auf, die nicht in gewöhnlicher „Weise wie bei der normalen Heilung analoger Verletzungen sich „langsam verloren, sondern gegenteils hartnäckig fortbestanden. „In dem Verletzungsgebiete lassen sich gegenwärtig die Zeichen „der tuberkulösen Wirbelerkrankung mit aller Sicherheit konsta„tieren. Letztere betrachten wir demnach als traumatische Tuber„kulose.

„VI. Huwyler ist kein Simulant, sondern völlig erwerbsun„fähig und ein schwerkranker Mann, dessen Lebenstage mensch„licher Voraussicht nach gezählt sind.

„VII. Die früheren ärztlichen Untersuchungen führten, weil bei „dem ganz chronisch durch Jahre hindurch verlaufenden Leiden „in der ersten Zeit und mangels objektiver Zeichen der Erkran„kung vorgenommenen, zu den von den unserigen abweichenden „Schlüssen."

Mit diesem Befunde übereinstimmend lautete ein dem damaligen Vertreter des Huwyler ausgestelltes Zeugnis des Amtsarztstellvertreters, Dr. E. Näf, d. d. 30. Mai 1894, das den bal-

digen Tod des Patienten in Aussicht stellte. In der That starb denn auch Huwyler am 31. Mai 1894, und der am 3. Juni 1894 vorgenommene Sektionsbefund ging dahin, es seien nachgewiesen: Chronische Entzündung des ersten Lendenwirbels und des darüber liegenden Knorpels, Tuberkulose der 5. und 9. Rippe, wie des rechten Oberkiefers, beider Lungen; chronische tuberkulöse Entzündung des linken Brustfells; chronischer (tuberkuloser?) Darmkatarrh, welche pathologische Veränderungen schließlich unter allgemeiner Abzehrung und Herzverfettung zum Tode führten.

Gestützt auf diese Thatsachen suchten nunmehr die heutigen Kläger beim Obergericht Luzern mit Eingabe vom 28. Mai 1895 um Revision des früheren Urteils gemäß § 227 ff. der damals noch in Kraft stehenden Civilprozeßordnung des Kantons Luzern vom 12. Januar 1851 nach, und das Obergericht entsprach dem Gesuch mit Urteil vom 4. Oktober 1895, indem es die Sache dem Bezirksgericht Luzern zur materiellen Behandlung zuwies. Bei letzterer Amtsstelle reichten die Kläger sodann ein „Revisionsgesuch" ein, indem sie das oben sub Fakt. B mitgeteilte Rechtsbegehren stellten.

Die Revisionsbeklagte hielt diesem beim Bezirksgericht eingereichten Revisionsgesuch entgegen:

1. Es sei nicht erwiesen, daß das Urteil des Obergerichts vom 16. Oktober 1891 auf unrichtigen thatsächlichen Voraussetzungen beruhe; der Zusammenhang der Erkrankung des Huwyler mit dem Unfalle werde bestritten.

2. Huwyler hätte im früheren Prozesse ein Begehren im Sinne des Art. 8 des Fabrikhaftpflichtgesetzes stellen sollen; nachdem er dies nicht gethan, könne er nicht Revision verlangen; Art. 8 leg. cit. gehe als Bundesrecht den kantonalen civil-prozessualen Bestimmungen über Revision vor.

3. Ferner treffe die Einrede der Verjährung zu; die einjährige Verjährungsfrist des Art. 12 Fabrikhaftpflichtgesetz sei mit Ablauf eines Jahres seit Fällung des früheren obergerichtlichen Urteils verstrichen; eventuell hätte das Revisionsgesuch jedenfalls ein Jahr seit Bekanntwerden des Gutachtens Huguenin und Kaufmann gestellt werden sollen; da dies nicht geschehen, sei es verjährt.

4. Eventuell sei der entgangene Lohn schon ersetzt; die Haftbarkeit für Arzt- und Verpflegungskosten werde bestritten; für eventuelle Erwerbsunfähigkeit des Rechtsvorfahren wären die Kläger mit 2700 Fr. nebst Vergütung der Anwaltskosten genügend entschädigt.

Die Beklagte schloß demnach auf Abweisung des Revisionsbegehrens, unter Kostenfolge, eventuell auf Zusprechung einer Entschädigung von nur 2500 Fr. ohne Zins, nebst Vergütung der Anwaltskosten.

Das Bezirksgericht Luzern erkannte unterm 21. Oktober 1896 in der Hauptsache, die Beklagte sei schuldig, den Klägern zu bezahlen: a. an Taglohnentschädigung, abzüglich 388 Fr. 10 Cts., 5075 Fr.; b. an Verpflegungskosten 300 Fr.; c. an Gutachtenkosten 233 Fr. 10 Cts. Auf die von beiden Parteien hiegegen eingelegte Appellation fällte das Obergericht das sub Fakt. A mitgeteilte Urteil. Beide Instanzen erachteten somit die Einrede aus Art. 8 Fabrikhaftpflichtgesetz, wie die Einrede der Verjährung als unbegründet, erstere deshalb, weil für Geltendmachung des Rektifikationsvorbehaltes keine Veranlassung gewesen sei, Huwyler durch Unterlassung derselben also auch nichts verwirkt habe, letztere aus dem Grunde, weil auch die Verjährung des Art. 12 Fabrikhaftpflichtgesetz erst mit dem Momente beginne, in dem die Möglichkeit einer Unterbrechung vorhanden sei; als dieser Moment sei in casu der Sektionsbefund der Amtsärzte, also der 3. Juni 1894, anzusehen, nicht der Tag der Abgabe des Gutachtens Huguenin und Kaufmann, da dies ein Privatgutachten sei; durch Stellung des Revisionsgesuches am 28. Mai 1895 sei die Verjährung unterbrochen worden. Materiell führen die Vorinstanzen aus: Der Zusammenhang zwischen Unfall und Tod sei durch die neuen Gutachten klargestellt; zu ersetzen sei der entgangene Erwerb.

2. Die von der Beklagten erst heute erhobene Einrede der mangelnden Aktivlegitimation der Kläger darf gemäß Art. 80 Bundesgesetz betreffend Organisation der Bundesrechtspflege nicht gehört werden.

3. In erster Linie zu prüfen ist dagegen der von der Beklagten weiterhin geltend gemachte Standpunkt, eine Revision des frühern

Urteils sei durch Art. 8 des Bundesgesetzes betreffend die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb ausgeschlossen. In dieser Hinsicht ist die Natur der heutigen Klage zu untersuchen. Hierüber ist zu sagen: Mit der heutigen Klage verlangen die Kläger gemäß dem Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb von der Beklagten Ersatz desjenigen Schadens, der ihrem Rechtsvorfahren aus dem Unfall vom 1. August 1889 erwachsen ist. Sie ist also eine Fortsetzung der früher von Huwyler, Vater, selbst gestellten Klage. Begründet wird sie damit, daß die Folgen des Unfalles sich seit Erlaß des rechtskräftig gewordenen obergerichtlichen Urteils vom 16. Oktober 1891 verschlimmert haben. Dies ist nun aber gerade der Fall, der in Art. 8 Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb vorgesehen und geregelt ist; die heutige Klage ist daher ihrer rechtlichen Natur nach nichts anderes als eine Nachklage im Sinne des Art. 8 leg. cit. Diese Bestimmung aber geht den kantonalrechtlichen Bestimmungen betreffend Revision unter allen Umständen vor; wo sie statthat, ist für die Anwendung der letzteren kein Raum.

Die Zulässigkeit dieser Nachklage nun ist vom Bundesgericht selbständig zu prüfen, ohne daß es an den Umstand, daß die kantonalen Instanzen die „Revision" zugelassen haben, gebunden wäre, da es sich hiebei einzig und allein um die Auslegung von Bundesrecht handelt. Danach ist aber die Zulässigkeit der heutigen Klage zu verneinen. Denn nach Art. 8 Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb ist unerläßliche Voraussetzung der Nachklage, daß der Rektifikationsvorbehalt entweder auf Begehren der Kläger oder von Amtes wegen in das Urteil aufgenommen worden ist (vgl. Amtl. Samml. der bundesger. Entsch., Bd. XX, S. 429). Es kann auch nicht etwa gesagt werden, zur Aufnahme jenes Vorbehaltes sei keine Veranlassung gewesen, da die Folgen nach der damaligen Aktenlage ganz abgeklärt geschienen haben; der Kläger hätte wenigstens, damit später eine Revisionsklage zulässig gewesen wäre, das Begehren um Aufnahme des Rektifikationsvorbehaltes stellen sollen; wäre dieses abgewiesen worden, so wäre die Revision mit Recht als begründet erklärt worden. Jenes notwendige Erfordernis nun mangelt hier, und deshalb ist die Klage abzuweisen, denn eine weitere Haftpflicht des Fabrik-

herrn erlischt, den Fall des Vorbehaltes der Nachklage ausgenommen, gemäß Art. 6 Abs. 6 Fabrikhaftpflichtgesetz mit dem Tage, an welchem der definitive Urteilsspruch in Kraft tritt; dies war in concreto der Tag, an welchem das obergerichtliche Urteil vom 11. Oktober 1891 rechtskräftig geworden ist.

4. Auf die Einrede der Verjährung braucht unter diesen Umständen nicht eingetreten zu werden.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Berufung der Beklagten wird als begründet erklärt, diejenige der Kläger dagegen als nicht begründet, und demgemäß wird das Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern vom 30. Januar 1897 dahin abgeändert, daß die Klage abgewiesen wird.

---

121. *Arrêt du 20 mai 1897 dans la cause Caudano contre Vuagnat.*

A. — Le samedi 9 juin 1895, Baptiste Caudano, employé à cette époque comme ouvrier maçon au service de Victor Vuagnat, entrepreneur à Plainpalais (Genève), était occupé vers les 6 $^1/_2$ heures du soir à démolir un échafaudage lorsqu'un plateau de bois lui tomba sur le pied gauche. Il put néanmoins regagner à pied son domicile, tout en boitant un peu ; après avoir passé une partie de l'après-midi du dimanche à jouer aux boules avec des camarades, il put également reprendre son travail le lundi matin et le continuer jusqu'au soir. Le lendemain, au contraire, les douleurs que lui causait son pied l'empêchant de travailler, il en prévint son patron qui l'adressa pour être soigné au Dr J.-L. Reverdin. Celui-ci lui fit subir un traitement consistant en massage et application de pansement, traitement qui fut continué, en l'absence du Dr J.-L. Reverdin, par le Dr Auguste Reverdin jusque vers la fin du mois d'août. A cette époque Caudano, qui n'était pas encore guéri, fut autorisé par son patron à se

confier aux soins du rebouteur Paccard, qui lui fit subir un traitement, puis déclara le 24 septembre qu'il était guéri et pouvait désormais reprendre son travail. Il n'en était rien toutefois, et Caudano s'étant fait examiner le 27 septembre par le Dr Jeandin, celui-ci déclara qu'il présentait encore une lésion du pied non guérie exigeant un traitement régulier et un repos absolu. Vuagnat se décida alors à envoyer son ouvrier à l'hôpital de Genève pour y être soigné d'une manière suivie jusqu'à guérison complète. Au dernier moment, toutefois, Caudano refusa de se rendre à l'hôpital.

B. — Le 10 octobre 1895, il ouvrit contre Vuagnat une action en responsabilité civile concluant, sous toute réserve pour le cas où il surviendrait des complications, à ce que le défendeur fût condamné à lui payer une indemnité de 1500 fr., avec intérêts de droit et dépens.

De son côté Vuagnat, ayant payé au demandeur son salaire jusqu'au 20 septembre et estimant s'être ainsi complètement acquitté envers lui, conclut à libération de la demande avec dépens.

Statuant sur ces conclusions après enquêtes préalables, notamment après avoir entendu les Drs Jeandin et Bremgartner qui avaient constaté l'état de Caudano en novembre 1895 et mars 1896, le Tribunal de première instance de Genève, par jugement du 28 avril 1896, alloua au demandeur une indemnité de 750 fr., de laquelle devait être déduite la somme de 350 fr. déjà payée par le défendeur. Ce dernier devait en outre supporter tous les frais du procès.

C. — Caudano interjeta appel de ce jugement, sous date du 3 novembre 1896, en déclarant reprendre ses conclusions de première instance.

A l'audience de la Cour de justice du 6 février 1897, il requit du tribunal la nomination d'un expert médical à l'effet de constater son état actuel et les conséquences futures probables de l'accident du 9 juin 1895. Il déclara en outre amplifier sa demande et la porter à 4000 fr.

La Cour ayant désigné comme expert le Dr Mégevand, celui-ci déposa le 15 mars un rapport dont les conclusions sont les suivantes :

1. Caudano n'est pas en état de travailler actuellement de son métier de maçon.

2. Il y a tout lieu d'admettre que l'affection dont il se plaint actuellement est bien la conséquence directe de l'accident qui lui est survenu le 9 juin 1895.

3. Caudano a commis une faute en refusant de se laisser conduire à l'hôpital. Une surveillance plus active du traitement suivi et un repos plus absolu eussent vraisemblablement rendu la guérison plus rapide.

4. Il n'est pas possible à l'expert de se prononcer sur la question de savoir à quelle époque la guérison aurait pu être obtenue avec des soins appropriés, par la raison qu'il n'a pas vu le malade au début.

5. L'expert estime que pour le moment l'incapacité de travail de Caudano peut être considérée comme absolue en ce qui concerne son métier de maçon et sans qu'il soit possible de fixer un terme à la durée de cette incapacité.

Sur le vu du rapport de l'expert, Caudano déclara amplifier de nouveau ses conclusions et les porter à 5354 fr. 48 c., somme se décomposant comme suit :

1. Frais de traitement et de guérison . .	Fr.	500 —
2. Salaire du 9 juin 1895 au 18 mars 1897, soit pendant 21 mois et 9 jours à 143 fr. par mois	»	3054 48
3. Incapacité relative de travail à futur. .	»	1800 —

De son côté le défendeur a requis un complément d'expertise et conclu de nouveau à libération de la demande.

D. — La Cour de justice n'a pas donné suite à la réquisition du défendeur et, par arrêt du 3 avril 1897, a confirmé le jugement de première instance, sauf en ce qu'il arrête à 400 fr. avec intérêts de droit le solde de l'indemnité due à Caudano par Vuagnat, ce solde étant fixé par la Cour à 950 fr. avec intérêts. Il est en outre donné acte à Caudano de ses réserves et Vuagnat est condamné aux dépens d'appel.

Cet arrêt est fondé en substance sur les motifs ci-après :

Vuagnat est tenu en vertu des lois fédérales spéciales sur la responsabilité civile de réparer le dommage causé à Cau-

dano par l'accident du 9 juin 1895. Mais il résulte des déclarations des médecins qui ont vu le demandeur au début de son mal, soit de celles de l'expert commis par la Cour, que la prolongation de ce mal est due en grande partie au fait que Caudano s'est mal soigné et qu'au lieu de prendre le repos absolu qui lui avait été recommandé, il a continué à marcher et à circuler, que notamment il a refusé de suivre à l'hôpital le traitement que Vuagnat lui a offert. Caudano a ainsi commis une faute qui a pour conséquence de réduire la responsabilité du patron. Il paraît équitable d'admettre que son état maladif aura entièrement disparu au bout de deux ans comptés dès l'accident, s'il veut bien se soigner convenablement et observer le repos prescrit par les médecins. Le dommage qui lui a été causé équivaut donc au salaire de deux ans. A raison de la faute imputable au lésé, la moitié seulement de ce dommage doit être mise à la charge de Vuagnat. Or le salaire moyen de Caudano pendant une année est de 1200 fr. Il y a lieu d'ajouter à cette indemnité 100 fr. pour frais de maladie et d'en déduire les avances de Vuagnat, au montant de 350 fr. Il y a lieu également de donner acte au demandeur de ses réserves pour le cas où une aggravation de son état surviendrait dans l'avenir.

E. — Les deux parties ont recouru en temps utile auprès du Tribunal fédéral contre l'arrêt de la Cour de justice de Genève dont elles demandent la réforme, chacune dans le sens de l'admission des conclusions prises par elle en appel.

Vu ces faits et considérant en droit:

1. — Le demandeur ayant conclu devant la première instance cantonale au paiement d'une indemnité de 1500 fr. seulement, on peut se demander si le Tribunal fédéral est compétent au regard de la disposition de l'art. 59 de l'organisation judiciaire fédérale. Cette question doit toutefois recevoir une solution affirmative. On ne saurait en effet admettre qu'il ait été dans l'intention du législateur fédéral que la disposition dont il s'agit soit applicable lorsque, d'après la procédure cantonale, les conclusions des parties peuvent encore être amplifiées après le dépôt de la demande et de la réponse

(Comp. arrêt du 20 juillet 1895 en la cause Perron contre Jacot. *Journal des Tribunaux* 1895, pages 605 et suiv.) Dans ce cas, ce sont les conclusions amplifiées qui doivent faire règle pour la détermination de la valeur du litige au point de vue du recours. Or, dans l'espèce, le demandeur a élevé ses conclusions en appel à la somme de 5354 fr. 48 c. et c'est sur ces conclusions amplifiées que la Cour de justice a prononcé. Le Tribunal fédéral est donc compétent eu égard à la valeur du litige.

2. — Au fond les deux parties sont d'accord que l'accident qui a atteint le demandeur le 9 juin 1895 est le résultat d'un cas fortuit, survenu en l'absence de toute faute de l'une ou l'autre d'entre elles. Le défendeur reconnaît d'ailleurs qu'il est responsable vis-à-vis du demandeur des conséquences de cet accident en conformité des lois fédérales spéciales sur la responsabilité civile. Mais il soutient qu'ayant fait donner des soins médicaux à Caudano et lui ayant payé son salaire jusqu'au 20 septembre 1895, il a satisfait ainsi à toutes les obligations qui lui incombaient aux termes des lois précitées. Il allègue que d'après la déclaration du sieur Paccard, Caudano était guéri à la date du 24 septembre 1895 et à même de reprendre son travail. Il n'y a, dès lors, selon lui, aucune corrélation entre l'accident dont le demandeur a été victime le 9 juin et son état actuel, qui peut avoir été amené par d'autres causes. Du reste, si l'affection première causée par l'accident s'est réellement prolongée jusqu'à ce jour, la faute en serait à Caudano lui-même qui a refusé de se faire soigner à l'hôpital et mené un genre de vie qui devait nécessairement entraver sa guérison.

3. — Cette manière de voir du défendeur est exacte en un seul point, savoir le fait du refus de Caudano de se rendre à l'hôpital pour y être soigné. En revanche, il est tout d'abord inexact que le demandeur fût guéri à la date du 24 septembre 1895. Il l'était si peu que trois jours plus tard le Dr Jeandin constatait qu'il souffrait encore d'une lésion du pied exigeant un traitement régulier avec repos absolu, sur quoi son patron lui-même se décidait à le faire entrer à l'hô-

pital. Du reste l'expert, Dr Mégevand, constate dans son rapport qu'il y a tout lieu d'admettre que l'affection dont Caudano souffrait au moment où il l'a examiné était bien la conséquence directe de l'accident du 9 juin. C'est donc avec raison que la Cour de justice de Genève, qui d'ailleurs a apprécié souverainement ce point de fait, a rejeté ce premier moyen de défense.

Quant au reproche adressé à Caudano d'avoir commis des imprudences qui auraient retardé sa guérison, il se fonde sur les faits suivants :

Le lendemain de l'accident, qui était un dimanche, Caudano a fait quelques parties de boules avec des camarades. Mais il résulte des déclarations de ces derniers, entendus comme témoins, qu'il n'attachait alors aucune importance à cet accident et s'est rendu comme d'habitude au travail le lundi matin. D'autres témoins ont été entendus au sujet de la conduite de Caudano le 22 septembre 1895, jour où avait lieu à Genève une fête de la colonie italienne. Cinq d'entre eux ont déclaré l'avoir vu ce jour-là assister, sans y prendre part, à une partie de boules ; aucun d'eux ne l'a vu boire ; il aurait bien plutôt refusé les offres de ses camarades et quitté la place vers les sept heures. Seul le gendarme Poffey a fait une déposition défavorable au demandeur. Il a déclaré être intervenu le soir du même jour à l'instance de la femme Gaillard, maîtresse de maison de Caudano, pour la protéger contre les menaces de celui-ci, menaces qu'elle expliquait elle-même par le motif qu'elle se trouvait dans l'impossibilité de rembourser à son locataire une somme d'argent qu'elle lui devait. Poffey procéda à l'arrestation de Caudano, porteur à ce moment-là d'une canne et d'un fer à repasser, et il déclare que tandis qu'il le conduisait au poste de police, il aurait remarqué qu'il était un peu « éméché. »

A cela se bornent les faits invoqués pour justifier le reproche d'imprudence adressé au demandeur. Mais il n'est en aucune manière établi que ces faits aient exercé une influence fâcheuse sur l'état de Caudano et entravé sa guérison. Il est à remarquer à ce sujet que c'est le 24 septembre,

soit deux jours après celui où le demandeur aurait soi-disant commis des imprudences et des excès de boisson, que le sieur Paccard le déclarait guéri et en état de reprendre son travail. On ne saurait admettre que cette déclaration eût été délivrée si l'état de Caudano avait subi une aggravation depuis le 22 septembre.

La Cour de justice a repoussé avec raison le reproche d'imprudence basé sur les faits ci-dessus, en admettant simplement dans son arrêt que la prolongation du mal du demandeur est due en grande partie au fait que celui-ci s'est mal soigné et qu'au lieu de prendre le repos absolu qui lui avait été recommandé, il a continué à circuler et que notamment il a refusé de suivre à l'hôpital le traitement que Vuagnat lui offrait.

Le reproche de s'être mal soigné et de n'avoir pas gardé un repos absolu ne saurait évidemment s'appliquer à la période antérieure au 24 septembre 1895 ; jusqu'à cette date, en effet, Caudano a reçu, avec le consentement de son patron, les soins des Drs Reverdin et du sieur Paccard ; il n'a pas même été allégué qu'il ne se soit pas soumis aux traitements qu'ils lui ont prescrits. En ce qui concerne la période postérieure, aucune preuve n'a été entreprise pour établir quel traitement et quel genre de vie le demandeur a suivis. Le reproche de manque de soins et de repos ne peut donc se baser que sur un seul fait, savoir le refus de Caudano d'entrer à l'hôpital, ainsi que son patron le lui proposait ensuite de la déclaration du Dr Jeandin, en date du 27 septembre 1895, portant qu'un traitement régulier et un repos absolu étaient nécessaires. Il est hors de doute que ce refus constitue une faute dont le demandeur doit supporter la responsabilité. Si l'insuccès des deux premiers traitements suivis par Caudano peut expliquer en une certaine mesure sa conduite en ce sens qû'il avait peut-être perdu confiance dans les médecins, il n'en reste pas moins vrai que dès le moment où il entendait rendre son patron responsable des suites de l'accident du 9 juin, il avait l'obligation de se prêter à tout ce qui pouvait être raisonnablemeut demandé de lui pour les atténuer.

4. — L'appréciation des conséquences de la faute commise par le demandeur appelait l'examen de la question de savoir si et dans quelle mesure le refus de celui-ci de se soumettre à un traitement régulier à l'hôpital avait rendu sa guérison plus difficile. L'expert Mégevand déclare à ce sujet dans son rapport qu'une surveillance plus active et un repos plus absolu eussent vraisemblablement rendu la guérison plus rapide ; mais il ajoute que n'ayant pas vu le malade au début, il ne lui est pas possible de dire à quelle époque la guérison aurait pu être obtenue avec des soins appropriés. Dans son interrogatoire devant le tribunal de première instance, le 3 mars 1896, le Dr Jeandin a déclaré qu'ayant examiné Caudano le 27 septembre 1895, il avait estimé qu'un repos absolu de trois semaines s'imposait, mais qu'un nouvel examen intervenu le 16 novembre, soit à sept semaines d'intervalle, l'avait convaincu que la guérison pouvait se faire attendre plusieurs mois encore. Le Dr Bremgartner a déclaré le 17 mars 1896 devant le même tribunal que l'état de Caudano, qu'il avait examiné quelques jours auparavant, exigeait une immobilité de cinq ou six semaines pour obtenir une guérison ; qu'en outre il était fort possible qu'il survînt d'autres désordres par suite de la nature de la lésion, qui, dans tous les cas, exigeait des soins immédiats.

Nonobstant l'insuffisance des indications résultant de ces déclarations et rapport, la Cour cantonale n'a pas cru devoir ordonner le complément d'expertise requis par le défendeur, estimant qu'une nouvelle expertise n'éclairerait pas davantage la question. Elle s'est prononcée en ce sens que la guérison de Caudano pourrait être obtenue dans l'espace de deux ans à compter du jour de l'accident, mais que la moitié seulement du dommage, représenté par la perte de salaire du demandeur durant ce laps de temps, devait être mise à la charge de Vuagnat, en raison de la faute imputable à Caudano.

Cette solution, en tant qu'elle fixe à deux ans le temps nécessaire à la guérison du demandeur, ne saurait être maintenue, attendu qu'elle est inconciliable avec le fait que, d'une

part, le demandeur n'est pas encore complètement guéri, ainsi que son représentant l'a affirmé devant le tribunal de céans en s'appuyant sur une déclaration médicale et sans être contredit par la partie adverse, et que, d'autre part, rien n'établit dans quel délai sa guérison pourra être obtenue. La Cour cantonale a ensuite commis une erreur évidente en décidant que la responsabilité du défendeur doit être réduite à la moitié du dommage dès le jour de l'accident. Cette réduction ne se justifie qu'à partir du jour, 28 septembre 1895, où le demandeur a refusé d'entrer à l'hôpital et encouru ainsi le reproche de n'avoir pas fait ce qu'il aurait dû pour amener sa guérison aussi rapidement que possible. En revanche la décision de la Cour de justice, en tant qu'elle fixe à la moitié la proportion dans laquelle l'indemnité doit être réduite à raison de la faute du demandeur, n'apparaît ni comme contraire aux pièces du dossier, ni comme entachée d'une erreur de droit. Elle doit donc faire règle pour le Tribunal fédéral.

5. — D'après les considérations qui précèdent, l'indemnité due au demandeur doit s'établir comme suit:

Elle comprend tout d'abord le remboursement de ses frais de maladie et de traitement. Aucune preuve n'a été faite à cet égard, mais l'arrêt attaqué admet néanmoins que le demandeur a eu des frais de ce chef et en fixe le montant à 100 fr. Cette solution ne peut pas être considérée comme contraire au dossier et n'a du reste pas été critiquée par le défendeur. Elle doit dès lors être maintenue.

Quant à la réparation du préjudice résultant de l'incapacité de travail du demandeur, l'arrêt dont est recours admet que ce dernier gagnait un salaire annuel de 1200 fr. Cette manière de voir est en contradiction évidente avec les pièces du dossier. Il résulte en effet d'un bordereau produit par le défendeur que celui-ci a versé à Caudano 55 fr. 85 c. par quinzaine jusqu'au 20 septembre 1895. Ces versements correspondaient évidemment au salaire de Caudano à l'époque de l'accident et il en résulte la preuve que le demandeur gagnait annuellement 1452 fr. 10 c, (55 fr. 85 c. + 26 quinzaines). Cette somme doit toutefois être réduite, comme base

de l'indemnité à allouer, en raison du caractère fortuit de l'accident du 9 juin. Conformément à la pratique suivie par le Tribunal fédéral, cette réduction doit être du 20 %. Il reste ainsi une perte annuelle de salaire donnant lieu à réparation de 1160 fr., soit une perte quotidienne de 3 fr. 18 c.

Le demandeur a droit à la réparation intégrale de la perte afférente à la période du 9 juin au 28 septembre 1895, soit pendant 99 jours à 3 fr. 18 c. par jour = 353 fr. Il a droit ensuite à la moitié de la perte du 29 septembre 1895 à ce jour, soit pendant 599 jours = 952 fr. Au total, y compris les frais de maladie, il a ainsi droit à une somme de 1405 fr., de laquelle il y a lieu de déduire les versements qu'il a reçus du défendeur par 350 fr. Il reste donc créancier à ce jour de 1055 fr.

6. — Mais étant donné que Caudano n'est pas encore guéri et que, suivant l'avis des hommes de l'art entendus en procédure, son état exige un traitement suivi dont les frais doivent, aux termes de l'art. 6, litt. *b*. de la loi du 25 juin 1881, être supportés par le défendeur, il y a lieu d'ordonner que ce dernier devra pourvoir à ses frais à ce que le demandeur soit reçu et soigné dans un hôpital jusqu'à complète guérison ou, si la guérison n'intervient pas, jusqu'à concurrence d'un délai maximum de trois mois, suffisant selon toute apparence pour que les conséquences de la lésion éprouvée par le demandeur puissent être définitivement appréciées. Le défendeur sera en outre tenu de payer au demandeur pendant la durée de son séjour à l'hôpital une indemnité réduite à un franc par jour. Enfin, vu les circonstances de la cause, il y a lieu de mettre le demandeur au bénéfice de la disposition de l'art. 8 de la loi du 25 juin 1881.

Par ces motifs :

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours de Baptiste Caudano est admis et l'arrêt de la Cour de justice de Genève, du 3 avril 1897, réformé comme suit :

a) Le défendeur est condamné à payer au demandeur la

somme de 1055 fr. pour solde d'indemnité au 20 mai 1897.

b) Il devra pourvoir immédiatement et à ses frais à ce que le demandeur soit reçu et soigné à l'hôpital de Genève ou dans un autre établissement analogue jusqu'à complète guérison et, si la guérison n'intervient pas, jusqu'à concurrence d'un délai maximum de trois mois.

c) Pendant la durée du séjour du demandeur à l'hôpital, le défendeur lui paiera une indemnité de un franc par jour.

d) Le demandeur est mis au bénéfice de la disposition de l'art. 8 de la loi fédérale du 25 juin 1881.

---

122. Urteil vom 2. Juni 1897 in Sachen Kalk- und Cementfabriken Beckenried gegen Calegari.

A. Ferdinando Calegari von Albino, Provinz Bergamo (Italien), stand im Sommer 1895 bei den Kalk- und Cementfabriken Beckenried mit einem Stundenlohn von 28 Cts., gleich einem Taglohn von 3 Franken in Arbeit. Am 27. August 1895 wurde er — er war damals 23 Jahre alt — das Opfer eines Unfalls: Er war am Abend jenes Tages in einen unten angezündeten Ofen hinuntergestiegen, um das oben aufgeschüttete Material zu verebnen, scheint dort der Einwirkung von Kohlenoxydgas ausgesetzt gewesen zu sein und wurde bald nachher als Leiche heraufgeholt.

B. Mit Klage vom 24. September 1896 machte Fürsprech Blättler in Hergiswyl im Namen des Giuseppe Calegari, des Vaters des Verunglückten, und seiner Familie gegen die Kalk- und Cementfabriken Beckenried eine Haftpflichtforderung von 4000 Fr. geltend. Zu seiner Legitimation berief er sich auf einen Auftrag des Regierungsrates von Nidwalden und eine Zuschrift der italienischen Gesandtschaft in Bern an letztern, worin derselbe ersucht wurde, sich der Sache des Vaters des Verunglückten, Giuseppe Calegari, anzunehmen. In der Sache wurde im wesentlichen geltend gemacht, man habe es mit einem Betriebsunfall zu thun, für den die Beklagte haftpflichtig sei. Ferdinand Calegari sei als

guter und geschickter Arbeiter und braver Sohn die Hauptstütze seines Vaters und der ganzen zahlreichen Familie gewesen. Ersterer sei 68 Jahre alt und nicht erwerbsfähig; die Mutter sei 58 Jahre alt und ebenfalls bedürftig; die andern Familienglieder seien größtenteils verheiratet und mit Kindern gesegnet; alle seien arm und besitzen kein Vermögen, wofür im wesentlichen auf Zeugnisse der Gemeindebehörde von Albino abgestellt werde. Der verunglückte Sohn sei zur Unterstützung seiner Familienangehörigen verpflichtet gewesen. Ein Verschulden desselben liege nicht vor, wohl aber ein solches desjenigen, der mit der Aufsicht und Leitung der betreffenden Arbeit beauftragt gewesen sei, indem dieser, ein gewisser Julius Moschen, den Ofen zu früh habe anzünden lassen und sich trotz der Annahme von Gefahr fortbegeben habe. Die Beklagte schloß auf Abweisung der Klage. Zunächst focht sie die Legitimation des klägerischen Anwaltes an. Sodann verneinte sie, daß der Kläger Giuseppe Calegari der Vater des verunglückten Ferdinand sei; den bezüglichen klägerischen Urkunden fehle die Beweiskraft, da sie nicht von der schweizerischen Gesandtschaft in Rom beglaubigt seien. Nicht bestritten werde, daß Ferdinando Calegari bei der Beklagten in Arbeit gestanden und am 27. August 1895 tot in einem Ofen aufgefunden worden sei. Es fehle jedoch an dem Nachweis, daß sich der Unfall beim Betrieb ereignet habe. Jedenfalls aber sei derselbe auf ein Selbstverschulden des Verunglückten zurückzuführen, da er zum Verebnen des Materials nicht in den Ofen hätte hinunterzusteigen brauchen, sondern diese Arbeit mittels einer Gabel von oben herunter hätte besorgen können. Bestritten werde, daß die Organe der Fabrik ein Verschulden treffe. Ferner aber sei nicht dargethan, daß der Verunglückte den Klägern gegenüber nach dem maßgebenden heimatlichen Rechte unterstützungspflichtig gewesen sei, und ebenfalls nicht, was zur Begründung eines Haftpflichtanspruches weiter erforderlich sei, daß die Hinterlassenen von dieser Unterstützungspflicht Gebrauch gemacht hätten. Bestritten werde auch, daß Vater Calegari nicht mehr erwerbsfähig und unterstützungsbedürftig sei. Derselbe besitze ein eigenes Heimwesen und lebe mit seiner ganzen Familie in Gemeinschaft, woraus einzig sich schon ergebe, daß er nicht von einer Unterstützung seines verunglückten Sohnes abhängig gewesen sei. Es

werde denn auch verneint, daß thatsächlich der Sohn Ferdinand seine Ersparnisse seinen Eltern geschickt habe zur Unterstützung derselben und der andern Familienmitglieder. Jedenfalls könnte Vater Calegari eine Entschädigungspflicht nur für sich und eventuell seine Frau geltend machen, nicht aber auch für seine volljährigen Kinder. Die Höhe der Entschädigung betreffend, sei zu bemerken, daß Ferdinando Calegari nur im Sommer während etwa 7 Monaten auswärts gearbeitet und dabei etwa 3 × 175 = 525 Fr. verdient habe, wovon er höchstens 200 Fr. habe erübrigen können. Es komme aber nicht hierauf, sondern darauf an, zu welchen Leistungen der Sohn den Eltern gegenüber verpflichtet gewesen wäre. Ihr Bedürfnis sei nicht höher, als auf 300 Fr. jährlich anzuschlagen. Die übrigen Kinder seien so gut unterstützungspflichtig wie der Verunglückte; da sechs solcher Geschwister seien, treffe es einem derselben bloß 50 Fr. Auf das Durchschnittsalter des Elternpaares berechnet, entspreche dieser Betrag einer Rente von 521 Fr. 50 Cts., und es beliefe sich danach der Anspruch der Kläger, nach Abzug des üblichen Kapitalabstrichs nur auf 450 Fr.

C. Das Kantonsgericht Nidwalden hieß unterm 20. Januar 1897 die Klage in einem Betrage von 2000 Fr. gut. Die Gerichtsgebühr mit 52 Fr. 60 legte dasselbe der Beklagten auf und verurteilte letztere überdies zu einem Beitrag an die außerrechtlichen Kosten der Klägerschaft von 100 Fr. Nachdem zunächst, gestützt auf die amtliche Bescheinigung der Gemeindebehörde von Albino, festgestellt worden, daß der klagende Giuseppe Calegari der Vater des verunglückten Ferdinando sei und daß nach Art. 139 des italienischen Civilgesetzbuches eine Unterstützungspflicht der Kinder gegen ihre Eltern bestehe, wird ausgeführt, es sei Ferdinand Calegari bei der Arbeit verunglückt, und zwar ohne daß ihm eine Schuld beigemessen werden könne. Allerdings habe der Vorarbeiter Moschen einmal den Calegari gewarnt, in den Ofen hinunterzusteigen; diese Warnung beziehe sich jedoch nicht auf den Abstieg, bei dem das Unglück sich ereignet habe, sondern auf einen frühern Anlaß. Sodann deponiere der gleiche Moschen, daß bis zu dem erfolgten Unfall es jeweilen Übung gewesen sei, daß man zum Verebnen des Materials in den Ofen hinuntergestiegen sei.

Diese Übung sei mit Wissen und ohne Widerspruch seitens der Fabrikleitung gepflogen worden und schließe ein Verschulden des Verunglückten aus. Das Maß der Entschädigung betreffend falle in Betracht, daß man es mit einem mit Gütern nicht gesegneten Ehepaare zu thun habe, das in der Mitte der 60ger Jahre stehe, zu deren Unterstützung jedoch weiter auch noch drei ledige Söhne verpflichtet seien. Auf Appellation der Beklagten hin bestätigte das Obergericht des Kantons Nidwalden das kantonsgerichtliche Urteil und legte der Appellantin die Gerichtsgebühr mit 63 Fr. 5 Cts. und eine außergerichtliche Entschädigung an die Klägerschaft von 17 Fr. auf.

D. Gegen dieses Urteil hat namens der Beklagten Fürsprech Dr. V. Fischer in Luzern rechtzeitig und formgemäß die Berufung an das Bundesgericht erklärt. Er stellte in der schriftlichen Berufungserklärung und wiederholte im heutigen Vorstande die Begehren, es sei das Klagebegehren gänzlich abzuweisen, eventuell sei nur ein Betrag von 700 Fr. gutzusprechen, und es seien sämtliche Kosten der Klägerschaft zu überbinden. Fürsprech Blättler trug auf Bestätigung des angefochtenen Urteils an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Einwand mangelnder Prozeßlegitimation des Fürsprechs Blättler ist heute nicht mehr aufrecht erhalten worden. Es hätte auch auf denselben, soweit die kantonalen Instanzen die Legitimation, allerdings ohne nähere Begründung, als erstellt angenommen haben, vom Bundesgericht als Berufungsinstanz nicht eingetreten werden können, da es sich dabei um eine vom kantonalen Rechte beherrschte prozeßrechtliche Frage handelte. Für die Verhandlung vor Bundesgericht aber erscheint Fürsprech Blättler unter obwaltenden Umständen durch die eingelegte Vollmacht hinreichend legitimiert.

2. Die Feststellung, daß der Kläger Giuseppe Calegari der Vater des verunglückten Ferdinando sei, ist thatsächlicher Natur und deshalb für das Bundesgericht verbindlich, sofern sie sich nicht als aktenwidrig oder als mit eidgenössischem Beweisrecht in Widerspruch stehend darstellt. Dies trifft jedoch nicht zu. Wenn nämlich auch die die Identität der Kläger und die Familienverhältnisse des Verunglückten betreffenden Zeugnisse der Gemeindebehörden von

Albino nicht die Legalisation der schweizerischen Gesandtschaft von Rom tragen, so steht doch bundesrechtlich nichts im Wege, daß denselben von den kantonalen Gerichten volle Beweiskraft beigemessen werde. Dieselben weisen nun aber aus, daß der verstorbene Ferdinando einen Vater, den Kläger Giuseppe Calegari im Alter von 68 Jahren, eine Mutter, Catterina Ferrari, 58 Jahre alt, und folgende Geschwister hinterlassen hat:

1. Bartolo, 39 Jahre alt,
2. Giacomo, 38 Jahre alt, mit Frau und 3 unter 6 Jahre alten Kindern,
3. Andrea, 36 Jahre alt, mit Frau und 4 unter 5 Jahre alten Kindern,
4. Giuseppe, 26 Jahre alt, mit Frau und 4 unter 5 Jahre alten Kindern,
5. Giovanni, 20 Jahre alt, Soldat,
6. Maria, 18 Jahre alt.

Es ist somit in dieser Richtung die Legitimation des Klägers, und zwar auch soweit er für seine übrigen Familienmitglieder auftritt, erstellt.

3. Daß man es mit einem Betriebsunfalle zu thun habe, ist heute nicht mehr bestritten worden und nach dem Inhalte der Akten auch nicht zu bezweifeln. Mit Recht wurde auch auf der Einrede des Selbstverschuldens nicht mehr beharrt. Denn nachdem die kantonalen Instanzen auf Grund des Zeugnisses des Aufsehers Moschen festgestellt haben, daß es Übung gewesen sei, zum Zwecke der Verebnung des Materials in den Ofen hinunterzusteigen und daß Ferdinando Calegari damals nicht besonders gewarnt worden sei, so fehlt für jene Einrede jede thatsächliche Unterlage. Ob anderseits ein Verschulden eines Aufsehers der Beklagten vorliege, braucht nicht untersucht zu werden, da es für die Beurteilung des Falles gleich bleibt, ob Haftpflicht gemäß Art. 1 oder gemäß Art. 2 des Bundesgesetzes vom 25. Brachmonat 1881 angenommen werde.

4. Nach Art. 6 litt. a des Fabrikhaftpflichtgesetzes steht den Hinterlassenen eines Getöteten, d. h. den Ehegatten, Kindern bezw. Großkindern, Eltern bezw. Großeltern und Geschwistern ein Anspruch an die Unternehmung, bei deren Betriebe ein Angehöriger

getötet worden ist, dann zu, wenn letzterer zu ihrem Unterhalte verpflichtet war. Danach kommt es grundsätzlich nur darauf an, ob den als Kläger auftretenden Familiengliedern des Verunglückten ein Recht auf Unterstützung in thesi zustand, während der Umstand, inwieweit die Alimentationspflicht im Momente des Todes aktuell war, nur als Faktor bei der Bemessung der Höhe in Betracht fallen kann (vgl. Amtl. Samml., Bd. XVI, S. 415 ff.). Für die Beantwortung der entscheidenden Frage nun ist das heimatliche Recht der Familie Calegari, d. h. italienisches Recht maßgebend. Dieses ordnet in Art. 139 und 141 des bürgerlichen Gesetzbuches die Alimentationspflicht der Kinder und Geschwister folgendermaßen, Art. 139: „I figli sono tenuti a somministrare „gli alimenti ai loro genitori ed agli altri ascendenti che ne „abbiano bisogno", und Art. 141: „Alla somministrazione „degli alimenti strettamente necessari hanno diritto anche i „fratelli e le sorelle, quando per un difetto di corpo o di „mente, o per qualsivoglia altra causa non imputabile a loro „colpa, non se li possano procacciare." Da nun nicht geltend gemacht ist, daß für die Geschwister des Verunglückten eine der Bedingungen, welche in Art. 141 für das Eintreten der Unterstützungspflicht aufgestellt sind, im Zeitpunkte des Todes desselben zugetroffen sei, und da die Möglichkeit, daß in Zukunft der Unterstützungsfall eintreten möchte, jedenfalls eine sehr entfernte war, so kann diesen ein Anspruch auf Ersatz wegen Wegfalls einer nicht bestehenden und in Zukunft kaum eintretenden Unterstützungsberechtigung nicht zuerkannt werden. Anders verhält es sich mit den Eltern des Verunglückten. Freilich ist auch hier der Eintritt der Alimentationspflicht der Kinder von der Bedingung abhängig, daß sie sich im Bedürfnisfall befinden. Allein abgesehen davon, daß, wie bemerkt, auch für den Wegfall einer noch nicht wirksam gewordenen Unterstützungsberechtigung Entschädigung verlangt werden kann, und hier die Möglichkeit des Wirksamwerdens keineswegs ausgeschlossen oder derart unwahrscheinlich war, daß sie außer acht gelassen werden dürfte, ist der Bedürfnisfall nach der Feststellung der Vorinstanzen thatsächlich schon vorhanden. Daß aber letztere aktenwidrig sei oder auf einer bundesgesetzliche Bestimmungen verletzenden Würdigung des Be-

weisergebnisses beruhe, kann nicht gesagt werden. Es ist zwar diesbezüglich darauf aufmerksam gemacht worden, daß nach den Zeugnissen der Gemeindebehörden von Albino der Vater Calegari ein Heimwesen besitze; dies schließt jedoch die in dem nämlichen Zeugnisse bestätigte Thatsache der Unterstützungsbedürftigkeit der Eltern keineswegs aus, besonders wenn berücksichtigt wird, daß, immer nach dem behördlichen Berichte, die ganze Familie Calegari, mit Ausnahme der Söhne Bartolo und Giovanni, auf dem Heimwesen lebt und sich von dessen Ertrag ernährt. Grundsätzlich ist somit der Anspruch der Eltern Calegari begründet.

5. Die Höhe des Äquivalents für die weggefallene Unterstützungspflicht muß in Fällen, wie der vorliegende, naturgemäß ex æquo et bono festgesetzt werden. Die Faktoren, die in Betracht fallen, sind zum Teil so unbestimmt, daß eine exakte Berechnung nicht möglich ist. Immerhin dürften folgende Annahmen zu einem billigen Ergebnis führen: Beim Alter und der Gebrechlichkeit des Vaters Calegari mag die Quote, die er von seinen Kindern zu verlangen berechtigt war, auf 500 Fr. im Jahre angesetzt werden. Daran hatte die Tochter weniger als die Söhne, die verheirateten weniger als die ledigen zu tragen, und so mochte auf den verunglückten Ferdinando ein Betrag von 125 Fr. fallen. Diesen war er von seinem Verdienste zu erübrigen auch in der Lage, auch wenn berücksichtigt wird, daß er im Winter nicht mehr als seinen Unterhalt verdient haben mag. Auf das Alter der Mutter berechnet, das maßgebend ist, da die Unterstützungspflicht ihr gegenüber auch beim Vorabsterben des Vaters bestehen bleibt, entspricht jenem Betrag ein Kapital von etwas über 1300 Fr. Einen Abstrich für die Kapitalabfindung zu machen, rechtfertigt sich hier nicht, da für die Eltern Calegari die Ausweisung eines Kapitalbetrages vor der Zuerkennung einer Rente keinerlei wesentliche Vorteile bietet.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Berufung wird insofern begründet erklärt, als die Entschädigungssumme, die die Beklagte der Klägerschaft zu bezalen hat, auf 1350 Fr. herabgesetzt wird. Im übrigen wird die Berufung verworfen und hat es beim Urteil der Vorinstanz sein Bewenden.

123. Urteil vom 9. Juni 1897 in Sachen Brevini gegen Born.

A. Enrico Brevini, der Sohn des Angelo Brevini in Bagnolo in Piano (Italien), stand im Sommer 1896 bei Baumeister Born in Zürich als Maurer in Arbeit. Am 18. Juni arbeitete er an der Façade eines Neubaues an der Neptunstraße daselbst, die ungefähr bis auf die halbe Höhe des zweiten Stockwerkes — Parterre mitgerechnet — aufgeführt war. Er hatte dabei seinen Standort auf dem äußeren Gerüste, das aus senkrechten, in gewisser Entfernung von der Mauer in den Boden eingelassenen Stangen und aus sogenannten Gerüsthebeln bestand, wagrechten Hölzern von circa 15 Cm. Dicke, die auf der einen Seite mit den senkrechten Gerüststangen verbunden und auf der andern an die Mauer angelehnt waren, auf die dann die Gerüstladen zu liegen kamen. Auch unterhalb der obersten Gerüstlage waren die Gerüsthebel noch belassen worden, teils um den senkrechten Gerüststangen mehr Halt zu geben, teils um später, bei dem Verputzen und Bemalen der Façade, wieder benutzt zu werden. Immerhin lagen auf diesen Gerüsthebeln, deren nächstoberste Lage etwa 1,60 Meter unterhalb der obersten, im Gebrauch befindlichen, angebracht war, keine Laden mehr. Auf der innern Seite der Façade arbeitete dem Enrico Brevini gegenüber Martino Bernasconi. Gegen Mittag des 18. Juni nun brach über jene Gegend plötzlich ein heftiges Gewitter aus, und Brevini und Bernasconi fanden sich veranlaßt, vor dem starken Regen Schutz zu suchen. Während andere Arbeiter sich zu diesem Zwecke in die Geschirrkammer begaben, oder unter dem Vordach eines benachbarten Gebäudes unterstanden, benutzten die beiden eine nahe bei ihrem Standorte befindliche Maueröffnung, die für eine Verandatüre bestimmt war und etwa 90 Cm. unter die im Gebrauche befindliche Gerüstlage hinunterreichte, um sich auf einen der wagrechten Gerüsthebel der nächstoberen Lage zu stellen, auf dem sie durch die Laden der obersten Lage vor dem Regen mehr oder weniger geschützt waren. Bernasconi trat zuerst hinaus; Brevini folgte. Der Regen ließ bald nach und die beiden Arbeiter schickten sich an, ihre Arbeit

wieder aufzunehmen. Zuerst verließ Bernasconi — neben Brevini sich vorbeiziehend — den Hebel, um auf dem gleichen Wege durch die Verandatüre den frühern Standort zu gewinnen. Als Brevini folgen wollte, stürzte er, bevor er den untern Rand der Maueröffnung betreten hatte, von dem Hebel ab und fiel so unglücklich auf einen in der Nähe des Bodens in die Mauer eingelassenen eisernen Tragbalken, daß er am folgenden Tage an den erlittenen Verletzungen starb.

B. Gestützt hierauf erhob der Vater des Verunglückten, Angelo Brevini, gegenüber Baumeister Born einen Haftpflichtanspruch im Betrage von 4200 Fr. nebst Zins zu 5 % seit dem Tage des Unfalls. Dieser sei beim Betriebe des der Haftpflichtgesetzgebung unterstellten Unternehmens des Beklagten erfolgt. Dessen Ursache sei das Umfallen des Hebels, auf dem Brevini und Bernasconi Schutz vor dem Regen gesucht hätten. Dieser sei, als Brevini die Türschwelle habe betreten wollen, ausgewichen; er sei nach dem Unfalle schief gestanden und habe nachträglich in anderer Weise befestigt werden müssen. Derselbe sei nicht in die Mauer eingelassen gewesen, sondern habe auf einer senkrechten Stütze geruht. Diese Befestigungsweise sei eine mangelhafte gewesen und habe nicht der diesbezüglichen städtischen Polizeiverordnung entsprochen. Es könne nicht eingewendet werden, der Hebel sei nicht im Gebrauche gewesen; denn er sei mit Rücksicht auf den spätern Gebrauch belassen worden und habe deshalb auch in einem gebrauchsfähigen Zustand erhalten werden müssen. Andernfalls hätte das Betreten des Hebels ausdrücklich verboten werden sollen. Es liege somit ein Verschulden des mit der Aufsicht über das Gerüst betraut gewesenen Angestellten des Beklagten vor, für das letzterer aufzukommen habe. Von Selbstverschulden könne nicht gesprochen werden, da das Betreten des Gerüsthebels die natürliche Lösung der Situation gewesen sei, eine Lösung, die für Bernasconi nicht außerordentlich gefährlich gewesen sei. Eventuell wäre bloß Mitverschulden anzunehmen. Der Beklagte bestritt in erster Linie, daß sich der Unfall beim Betriebe ereignet habe. Sodann erhob er die Einrede des Selbstverschuldens des Getöteten. Die Hebel seien nicht am Gerüste belassen worden, damit sie den Arbeitern unter Umständen als Standort dienen könnten, und es sei geradezu ein

waghalsiges Unternehmen gewesen, dieselben von der Verandatüre aus zu betreten. Dem Beklagten seinerseits könne ein Verschulden nicht zur Last gelegt werden: Der fragliche Gerüsthebel habe in einem Loche in der Mauer gesteckt und sei auch auf der andern Seite genügend befestigt gewesen, allerdings nicht für Turnübungen; überhaupt sei das ganze Gerüst nach allen Regeln der Kunst konstruiert gewesen.

C. Das erstinstanzliche Gericht sprach dem Kläger seine Klage in einem Betrage von 1200 Fr. nebst Zins zu 5 % seit dem Unfallstage zu. Es führte aus, daß der erforderliche Zusammenhang zwischen Betrieb und Unfall vorhanden, ferner daß die Einrede des Selbstverschuldens begründet sei, daß aber auch dem Beklagten eine Schuld an dem Unfalle beigemessen werden müsse. Es sei nämlich erstellt, daß der fragliche Hebel ohne genügende Verspannung oder Verklammerung auf einen in der Türöffnung stehenden senkrechten Hebel aufgelegt gewesen sei, und es müsse angenommen werden, es habe Brevini infolge dieser losen Befestigung den Halt verloren; der Einwand, es sei der fragliche Gerüstteil damals nicht in Betrieb gewesen, entbinde den Beklagten seiner Haftbarkeit nicht, da den Arbeitern das Betreten des Gerüsts nicht verboten gewesen sei und sie deshalb sich hiezu für befugt hätten erachten dürfen, umsomehr, als eine spätere Inbetriebsetzung dieses Gerüstteils in Aussicht genommen gewesen sei, und die stadträtliche Verordnung vom 27. Februar 1895 vorschreibe, daß auch freiliegende Gerüsthebel mit dem Gerüste fest zu verbinden seien. Beide Parteien erklärten gegen dieses Urteil die Appellation. Vor der Appellationskammer des zürcherischen Obergerichts beantragte der Anwalt des Klägers Zuspruch der Klage im Betrage von 3000 Fr., eventuell 2200 Fr. Der Vertreter des Beklagten verlangte Abweisung der Klage, eventuell Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils. Bezüglich des Verschuldens des Enrico Brevini verwies er auf ein Privatgutachten von Stadtbaumeister Geiser; überdies beharrte er darauf, daß die von ihm schon in der ersten Instanz über den Hergang des Unfalls angerufenen Zeugen einvernommen werden, und anerbot Beweis durch Expertise dafür, daß ein solcher Gerüsthebel gar nicht so befestigt werden könne, daß eine kleine Verschiebung unmöglich wäre, sowie

dafür, daß man von einem solchen außer Betrieb gesetzten Hebel nicht mehr verlangen könne. Die Appellationskammer änderte ohne neue Beweisaufnahme das erstinstanzliche Urteil dahin ab, daß sie die Klage abwies, die zweitinstanzliche Staatsgebühr eventuell auf 40 Fr. und die übrigen Kosten zusammen auf 8 Fr. 80 Cts. bestimmte und den Kläger zu einer außerrechtlichen Entschädigung von 100 Fr. für beide Instanzen verfällte. Enrico Brevini sei am Unfall selbst schuld gewesen. Abgesehen davon, daß das Betreten des Hebels an sich ein waghalsiges Unternehmen gewesen sei, habe es derselbe unterlassen, zuvor die Befestigungsart zu prüfen, was doch, da er dort nichts zu schaffen gehabt, geboten gewesen wäre. Ob nun der Unfall herbeigeführt worden sei dadurch, daß der Hebel sich bewegt, daß Brevini ausgeglitten oder von Bernasconi gestoßen worden sei, immer falle die Schuld auf ihn selbst und auf ihn allein zurück, weil er sich ohne Not und ohne genauere Prüfung der Beschaffenheit des Hebels an diesen äußerst gefährlichen Ort begeben habe. Ein Mitverschulden des Beklagten sei nicht anzunehmen, schon deshalb nicht, weil nicht dargetan sei, daß der Hebel nicht genügend befestigt gewesen, bezw. daß die Ursache des Unfalles in einem losen Halt des Hebels zu suchen sei. Ob man es mit einem Betriebsunfall zu thun habe, brauche danach nicht weiter untersucht zu werden.

D. Namens des Klägers hat Dr. Richard Lang in Zürich gegen dieses Urteil rechtzeitig und formgemäß Berufung eingelegt. In der Berufungserklärung stellte er und ließ heute durch seinen substituiert bevollmächtigten Anwalt, Dr. Kirchhofer, die Anträge wiederholen, zunächst, es sei die Klage im Betrage von 3000 Fr. oder in einem nach richterlichem Ermessen festzusetzenden Betrage gutzuheißen; und eventuell, es seien die Akten zur Vervollständigung an die Vorinstanz zurückzuweisen, letzteres um feststellen zu lassen, daß der Hebel lose und unrichtig befestigt gewesen, und daß hierauf der Unfall zurückzuführen sei. Die Feststellung der Vorinstanz, daß dies nicht nachgewiesen, müsse nämlich, wurde heute ausgeführt, als aktenwidrig bezeichnet werden, und sofern die Akten nicht genügten, um selbständig den Sachverhalt festzustellen, erscheine eine Rückweisung geboten zur Einvernahme der Zeugen Borghini, Zambelli, Festini, Eger und zur nochmaligen

Abhörung von Bernasconi und Leporati, sowie zur Erstellung einer unparteiischen Expertise über die einschlägigen technischen Fragen. Der Anwalt des Beklagten trägt auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils, eventuell ebenfalls auf Rückweisung im Sinne der vor der Appellationsinstanz gestellten Beweisanträge an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Nach der eigenen Darstellung des Klägers hat sich der Unfall in einem Momente ereignet, da Brevini, um vor einem Platzregen Schutz zu suchen, seine Arbeit für eine kurze Zeit unterbrochen hatte. Er ist somit von demselben nicht bei der Ausübung der eigentlichen Arbeitsthätigkeit betroffen worden. Nichtsdestoweniger hat man es mit einem Betriebsunfall im Sinne der Haftpflichtgesetze vom 25. Juni 1881 und 26. April 1887 zu thun. Es ist nicht erforderlich, daß der durch menschliche oder mechanische Kräfte bewerkstelligte Betrieb eines Unternehmens direkt und unmittelbar den Unfall verursacht habe. Sonst wäre die Bestimmung überflüssig, daß sich der Unternehmer von der Haftpflicht befreien könne, wenn er beweist, daß der Unfall durch höhere Gewalt oder durch Verbrechen oder Vergehen dritter Personen erfolgt sei, ja, es würde sich fragen, ob auch für eine Einrede des Selbstverschuldens noch Raum vorhanden wäre, wenn der Begriff „durch den Betrieb" in jenem engern Sinne der direkten und unmittelbaren Verursachung aufgefaßt werden müßte. Vielmehr genügt es, wenn Betrieb und Unfall in einem derartigen Verhältnis zu einander stehen, daß ersterer nach Zeit, Ort und Umständen als eine der Ursachen des letztern sich darstellt, als ein Thatbestand, der aus den für den Unfall kausalen Momenten nicht weggedacht werden kann, und der diesem deshalb ein besonderes Gepräge gibt. Dies trifft aber vorliegend zu. Brevini verunglückte an einem Orte, wo der Beklagte durch seine Arbeiter einen Bau errichten ließ, zu einer Zeit, da gewöhnlich gearbeitet wird; der Verunglückte war selbst auch bis kurz vorher an der Arbeit gewesen und hatte diese nur für einige Minuten, veranlaßt durch ein äußeres, zufälliges Ereignis, verlassen, um sie gleich nachher wieder aufzunehmen. Der Betrieb des Baugewerbes bildet somit den Untergrund für das Ereignis, eine der notwendigen

Ursachen desselben, und hieran vermag der Umstand, daß Brevini im kritischen Augenblick gerade eine Pause in der Arbeit gemacht hatte, nichts zu ändern.

2. Dagegen muß nach den unbestrittenen Parteianbringen und den Ergebnissen der Beweisführung der weitere Einwand des Beklagten, daß der Unfall auf ein Verschulden des Verunglückten zurückzuführen sei, mit den beiden kantonalen Gerichten gutgeheißen werden. Wenn auch der Unfall in seinen nächsten Ursachen nicht völlig aufgeklärt ist, so steht doch soviel fest, daß derselbe sich nur ereignen konnte, weil Brevini den freien Gerüsthebel betreten hat, und daß somit dieses Verhalten als Ursache seines unglücklichen Sturzes betrachtet werden muß. Nun fehlte es aber nicht nur an jeder dienstlichen Veranlassung für Brevini und Bernasconi, den fraglichen Gerüsthebel zu betreten, sondern es war auch diese Art, sich vor dem Regen zu schützen, eine durchaus außergewöhnliche und keineswegs naheliegende, wie denn auch die andern Arbeiter auf viel einfachere und natürlichere Weise vor dem Gewitter Schutz suchten. Ihr Unterfangen erscheint aber geradezu als ein leichtsinniges und übermütiges, wenn die Gefährlichkeit ihrer Situation mit ins Auge gefaßt wird. Ganz abgesehen davon, daß es wohl nur mittelst ungewohnter Bewegungen des Körpers möglich war, auf den Hebel und von diesem wieder zurück zu gelangen, bot der Standort auf demselben, der zudem wohl auch vom Regen genäßt wurde, sozusagen keine Sicherheit, zumal da außer der senkrechten Gerüststange und der obersten Gerüstlage auch für die Hände keinerlei Angriffspunkte zur Beibehaltung des Gleichgewichts vorhanden waren. Jedenfalls aber hätten die beiden die Sicherheit und die Befestigungsart des Hebels näher prüfen sollen, wenn sie sich auf denselben begeben wollten. Denn von vornherein durften sie sich doch hierauf nicht verlassen. Wohl war derselbe bestimmt, später wieder benutzt zu werden. Aber einmal wäre doch sicherlich dieser neuen Benutzung eine Untersuchung über die Solidität, namentlich die Befestigung, vorausgegangen, und sodann war der Hebel überhaupt nicht dazu da, um frei betreten zu werden, sondern nur dazu, um als Unterlage für die Gerüstladen zu dienen. Das wußten Bernasconi und Brevini ebenfalls, und sie durften deshalb nicht ohne weiteres

darauf vertrauen, daß der Hebel für sie einen sichern Standort bieten werde. Auch brauchte, besonders erfahrenen Arbeitern gegenüber, das Betreten der nicht in Gebrauch befindlichen Gerüsthebel nicht ausdrücklich verboten zu werden. Ein gewisses Maß von Vorsicht und Bedachtsamkeit darf füglich vom Unternehmer dem Arbeiter selbst zugemutet werden. Allerdings ist dann bei der Frage, ob dieses Maß aufgewendet worden sei oder nicht, darauf Rücksicht zu nehmen, daß gegen bestimmte, stets wieder sich bietende Gefahren der Arbeiter abgestumpft wird. Vorliegend hat man es jedoch mit einem durchaus ungewöhnlichen Unterfangen zu thun, bei dessen Beurteilung der erwähnte Gesichtspunkt nicht in gleichem Maße zutrifft, wie bei Situationen, denen der Arbeiter beständig gegenübersteht. Es liegt also unzweifelhaft auf Seite des Verunglückten ein Verschulden vor.

3. Der Kläger und die erste kantonale Instanz erblicken nun aber anderseits ein Mitverschulden des Beklagten darin, daß der Hebel nach der Seite der Mauer hin nicht genügend befestigt gewesen sei. Die Appellationsinstanz nimmt an, daß letzteres nicht erstellt, ein Verschulden des Beklagten deshalb nicht nachgewiesen sei. Sie gelangt hiezu in der Weise, daß sie die Aussagen der Zeugen Leporati und Bernasconi, die beide von einem sich bewegen oder wackeln des Hebels berichteten, deshalb ausschaltet, weil die Beiden mit Bezug auf die Lage des Gerüsthebels unglaubwürdige Angaben gemacht hätten, und daß sie anderseits darauf Gewicht legt, daß die gleich nach dem Unfalle polizeilich einvernommenen Zeugen Festini, Zambelli und Eger nichts über eine Bewegung des Hebels ausgesagt hätten. Eine derartige Würdigung des Beweismaterials ist nun wohl mit Recht heute als aktenwidrig bezeichnet worden, zumal da die Vorinstanz die Aussagen von Leporati und Bernasconi über die Lage des Gerüsthebels, mit Rücksicht auf die sie den beiden Zeugen überhaupt jede Glaubwürdigkeit absprach, kaum richtig aufgefaßt hat. Es sagt keiner von beiden, daß der Hebel auf der Fensterbrüstung aufgelegen sei und sich auf derselben seitlich bewegt habe; sondern Leporati sagt, der Gerüsthebel sei außerhalb der Mauer in der Mitte der Türe gewesen — was nicht ausschließt, daß sich derselbe unterhalb der Brüstung befunden hat, wie denn auch der Zeuge

selbst bemerkt, der Hebel habe sich etwa 50 Cm. unterhalb der Türschwelle befunden — und Bernasconi: der Hebel sei an die Fensterbrüstung angelehnt gewesen, aber frei, worunter doch auch eine bloß seitliche Anlehnung verstanden werden kann. Richtig ist, daß die beiden Aussagen nicht recht in Einklang gebracht werden können; aber dies bildet nicht einen genügenden Grund, um über eine andere übereinstimmende Aussage der Zeugen ohne weiteres hinwegzugehen. Eine eigene Feststellung des Thatbestandes in diesem Punkte nun führt nur dazu, daß als bewiesen angenommen werden muß, daß sich der Hebel vor oder bei dem Falle des Brevini seitlich oder um seine Längsachse bewegt habe. Dagegen läßt sich aus den Akten nicht mit Sicherheit entnehmen, ob dies auf eine unzweckmäßige oder ungenügende Befestigungsart zurückzuführen sei, indem namentlich nicht ersichtlich ist, in welcher Weise der Hebel gegen die Mauer hin befestigt, ob er in diese eingelassen war oder auf einer senkrechten Stütze ruhte. Trotzdem ist dem Antrage beider Parteien auf Ergänzung des Beweises in diesem Punkte nicht zu entsprechen, und zwar deshalb nicht, weil auch dann, wenn angenommen wird, es sei der Gerüsthebel wirklich in ungenügender Weise befestigt gewesen, und es habe dieser Umstand beim Unfall mitgewirkt, dies dem Beklagten doch vorliegend nicht zum Verschulden angerechnet werden kann. Der fragliche Gerüstteil befand sich anerkanntermaßen nicht im Gebrauch, als der Unfall sich ereignete. Er wurde bloß belassen, um dem übrigen Gerüste mehr Halt zu geben, und um später wieder zu anderen Arbeiten benutzt zu werden. Dies erscheint durchaus zweckmäßig und begreiflich, wie denn auch nicht behauptet worden ist, daß ein solches Verfahren etwa nicht üblich sei. Nun kann aber dem Bauherrn nicht zugemutet werden, daß er auf solche Gerüstteile die nämliche Aufmerksamkeit verwende wie auf die im Gebrauche befindlichen. Er muß wohl gewisse Eventualitäten, des Herunterfallens z. B., vorsehen und denselben vorbeugen. Er braucht dabei aber doch nicht alles das aufzuwenden, was zur Sicherung der Arbeiter bei in Gebrauch befindlichen Gerüstteilen geboten erscheint. Und wenn nun ein Arbeiter ohne irgend welche Nötigung, in schuldhaftem Leichtsinn einen, vielleicht für den Gebrauch nicht mehr in genügender Weise befestigten, hiefür aber auch nicht mehr

bestimmten Hebel betritt und dabei verunglückt, so kann hier jedenfalls von einem für den Unfall kausalen Verschulden des Bauherrn nicht mehr gesprochen werden, da ein solches Verhalten des Arbeiters ganz außer aller Berechnung und Voraussicht liegt. Es wird hiegegen eingewendet, daß die stadtzürcherische Verordnung zur Verhütung von Unfällen bei Bauten vom 27. Februar 1895 einen Unterschied zwischen Gerüsten, die im Gebrauche und solchen, die außer Gebrauch sich befinden, nicht mache, und daß für alle derartigen Anlagen die bezüglichen Bestimmungen in Art. 8 und 9 des citierten Erlasses gelten. Dabei wird aber übersehen, daß ausdrücklich in Art. 8 auf den Zweck abgestellt und ferner bemerkt ist, es seien die Gerüste derart zu erstellen, daß die Arbeiten mit Sicherheit ausgeführt werden können, sowie daß der darauf folgende Art. 9, der die nähern Vorschriften hierüber enthält, sich an Art. 8 in der Weise anschließt, daß er eine Ausführung des dort aufgestellten Grundsatzes enthält. Es läßt sich somit hieraus eine spezielle Pflicht des Bauherrn, auch die nicht im Gebrauche befindlichen Gerüsthebel in einer Weise zu befestigen, daß jede seitliche oder drehende Bewegung völlig ausgeschlossen wäre, nicht herleiten, und es vermag deshalb auch durch Hinweis auf jene Verordnung der Vorwurf des Mitverschuldens des Beklagten nicht begründet zu werden.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Berufung des Klägers wird verworfen und das angefochtene Urteil in allen Teilen bestätigt.

---

124. Urteil vom 24. Juni 1897 in Sachen Brunner gegen Fischer & Schmutziger.

A. Der am 14. Juli 1828 geborene Taglöhner Heinrich Brunner erhob unterm 2. April 1896 gegen die Bauunternehmer Fischer & Schmutziger Klage auf Bezahlung einer Haftpflichtentschädigung von 2232 Fr. nebst Zins zu 5 % seit 23. August 1895, unter Kostenfolge. Brunner war seit dem 14. Dezember 1894 bei der Beklagten als Erdarbeiter mit einem Taglohn von

3 Fr., abzüglich gewisser Leistungen für die Krankenkasse und die Unfallversicherung, angestellt. Er behauptete in der Klage, am 23. August 1895 bei der Arbeit einen Leistenbruch erlitten zu haben, infolge dessen er in seiner Arbeitsfähigkeit um etwa 40 % dauernd behindert sei. Der dieser Beeinträchtigung entsprechende Erwerbsausfall belaufe sich auf die eingeklagte Summe. Die Beklagten bestritten, daß der Kläger in ihrem Dienste einer Einwirkung ausgesetzt gewesen sei, die einen Bruchaustritt hätte veranlassen können und daß überhaupt das Zutagetreten eines Leistenbruches als ein Unfall betrachtet werden könne; ferner verneinten sie, daß die Erwerbsfähigkeit des Klägers sich vermindert habe, wie derselbe denn auch noch fünf Monate am Kanalbau in Ruppoldingen weiter gearbeitet habe; eventuell wurde die Höhe der Entschädigung bestritten. Das Amtsgericht Olten-Gösgen hieß, gestützt namentlich auf ein medizinisches Gutachten von Dr. Kottmann in Solothurn und Prof. Dr. Kocher in Bern, die Klage in einem Betrage von 558 Fr. nebst Zins seit 23. August 1895 gut und verurteilte die Beklagten in die Kosten. Beide Parteien erklärten gegen dieses Urteil die Appellation, und unterm 30. April 1897 wurde dasselbe durch das Obergericht des Kantons Solothurn dahin abgeändert, daß die Klage abgewiesen und die Kosten dem Kläger auferlegt wurden. In der entscheidenden Erwägung wurde ausgeführt, daß die Frage, ob für Brunner durch den Bruchaustritt vom 23. August 1895 ein bleibender Nachteil entstanden sei, nach dem Berichte der Sachverständigen verneint werden müsse. Diese stellten nämlich fest, daß der Bruch infolge der Schonung und des Tragens eines Bruchbandes soweit geheilt sei, daß nur die Bruchdisposition zurückgeblieben sei; diese aber sei auf beiden Seiten vorhanden und deshalb schon auf viele Jahre zurückzudatieren; und ferner: Der Bruch sei zur Stunde geheilt und es bleibe nur die schon früher bestandene Anlage zurück. Wenn die Experten dennoch eine Beeinträchtigung von 10—15 % in der Leistungsfähigkeit des Klägers annähmen, fährt das Obergericht fort, so ergebe sich doch aus dem Inhalt des Gutachtens, daß sie hiebei nur die Zeit im Auge gehabt hätten, während welcher der Bruch ausgetreten gewesen sei, und daß sich der Kläger zur Zeit der Untersuchung genau in demjenigen körperlichen Zustande befunden habe, in dem er vor dem

Bruchaustritt gewesen sei, als er noch kein Bruchband getragen habe. Auch die Nachteile des Tragens eines solchen seien nicht zu berücksichtigen, da bei diesem Ergebnis der für das Gericht maßgebenden Expertise das Tragen eines Bruchbandes für den Kläger heute nicht notwendiger sei, als vor dem 23. August 1895. In dieser Beziehung decke sich der vorliegende nicht vollständig mit dem vom Kläger angerufenen Falle Kempter gegen Fischer & Cie. Ein bleibender Nachteil, der einzig eingeklagt sei, sei somit nicht nachgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat namens des Klägers Fürsprech Dr. Hugo Dietschi in Olten rechtzeitig und formgemäß die Berufung an das Bundesgericht erklärt und den Antrag gestellt, es sei die Klage in ihrem vollen, eventuell in reduziertem Betrage gutzuheißen, unter Kostenfolge. In der Berufungsschrift wird, unter Verweisung namentlich auf den bereits erwähnten Fall Kempter gegen Fischer & Cie., die Feststellung des Obergerichtes, daß der Unfall keine dauernden Nachteile für den Kläger nach sich gezogen habe, als rechtsirrtümlich bezeichnet und insbesondere betont, daß ein Brüchiger auch nach der Heilung in seinen Aussichten auf Anstellung stets gegenüber einem völlig gesunden im Nachteil sich befinde und auf dem Arbeitsmarkte als minderwertige Arbeitskraft gelte. Die Beklagten trugen durch ihren Anwalt, Fürsprech Adrian von Arx, auf Abweisung des Berufungsbegehrens an. Der vorliegende unterscheide sich vom Falle Kempter gegen Fischer & Cie. darin, daß hier der Bruch nach seinem Austritt, im Gegensatz zu früher, sich jederzeit von selbst gefüllt habe, sobald die Eingeweide nicht durch die Hand oder durch das Bruchband zurückgehalten worden seien, während bei Brunner dies nicht der Fall, der Bruch überhaupt für die Experten nicht nachweisbar gewesen sei. Was sodann die Behauptung betreffe, daß die Brüchigen auf dem Arbeitsmarkte minderwertig seien, so stehe dies nicht in ursächlichem Zusammenhang zu der erlittenen Verletzung. Zudem treffe für den Kläger die Voraussetzung eines solchen schädlichen Vorurteils des Publikums nicht zu, da bei ihm ein Bruch objektiv nicht nachweisbar sei. Überhaupt gelte jene Volksmeinung nicht so allgemein, wie der Kläger behaupte, und sie würde sich doch wohl auch auf alle auch nur mit einer Bruchanlage behafteten erstrecken. Sicherlich würden die

Ausführungen des Obergerichtes die Nachprüfung des Bundesgerichtes sehr wohl ertragen, indem sie weder aktenwidrig seien, noch eidgenössisches Beweisrecht verletzten. Alsdann habe aber als thatsächlich festgestellt zu gelten, daß der Kläger einen Schaden infolge dauernder Minderung der Erwerbsfähigkeit nicht erlittten habe.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Vorinstanzen gehen davon aus, und die Beklagten treten dieser Annahme nicht mehr entgegen, daß beim Kläger am 23. August 1895 infolge einer Anstrengung bei der Arbeit ein Bruchaustritt erfolgt und daß dieses Ereignis als Unfall zu betrachten sei, für den die Beklagten dem Kläger gegenüber grundsätzlich nach Haftpflichtrecht schadenersatzpflichtig sind. Streitig ist bloß noch, ob dieser Unfall beim Kläger eine dauernde Einbuße an Erwerbsfähigkeit bewirkt habe, oder ob ein derartiger Schaden, der einzig eingeklagt ist, nicht anzunehmen sei.

2. Wenn nun diesbezüglich die Beklagten zunächst geltend machen, daß diese Frage durch die dieselbe verneinende Feststellung der Vorinstanz in einer für das Bundesgericht verbindlichen Weise erledigt sei, so ist hiegegen bloß darauf zu verweisen, daß letzteres es stets als zu seiner Aufgabe der rechtlichen Würdigung des Falles gehörend betrachtet hat, nachzuprüfen, ob der kantonale Richter die Schadensmomente sämtlich in Betracht gezogen und richtig abgewogen, überhaupt den Begriff des erstattungsfähigen und bedürftigen Schadens richtig angewendet habe.

3. Dies muß nun aber vorliegend verneint werden. Freilich erklären die medizinischen Experten — und ihnen ist das Obergericht in diesem Punkte gefolgt — daß der Bruch des Klägers durch Reposition geheilt, und daß nach wie vor nur eine Bruchdisposition vorhanden sei, wie eine solche schon seit Jahren existiert habe; und wenn es bloß auf den anatomischen und rein physiologischen Befund ankäme, so müßten diese gutachtlichen Äußerungen gewiß vom Richter als maßgebend angesehen werden. Allein ein Unfall kann die Erwerbsfähigkeit des von ihm Betroffenen auch beeinträchtigen, ohne daß äußerlich eine Veränderung der körperlichen Beschaffenheit gegenüber früher vor sich gegangen zu sein braucht; es kann — und hierauf kommt es an — auch ohne das die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Verletzten durch den Unfall herabgesetzt werden, sei es, daß dessen psychische Folgen

hemmend auf dieselbe einwirken, oder daß die Leistungsfähigkeit des durch den Unfall Betroffenen wegen desselben allgemein in den Kreisen, wo er seinen Erwerb findet, als minderwertig betrachtet wird. Erfahrungsgemäß trifft nun jedenfalls das letztere dieser für die Erwerbsmöglichkeit erheblichen Momente bei solchen Arbeitern zu, die einmal an einem Bruche gelitten haben, wenn dieser auch von selbst oder infolge Tragens eines Bruchbandes geheilt und nur die Bruchanlage übrig geblieben ist. Diese haben auf dem Markt der Arbeitskräfte nicht mehr denselben Wert, wie vorher, ihre Erwerbsfähigkeit ist thatsächlich deshalb, weil man weiß, daß sie „gebrochen" sind, in gewissem Maße beeinträchtigt. Aber auch das erwähnte subjektive Moment wird meist in derartigen Fällen zutreffen, da sich derjenige, der einmal durch einen Bruchaustritt auf eine Bruchanlage aufmerksam gemacht worden ist, so lange wenigstens, als diese noch vorhanden ist, weniger mehr zutraut und auf diese Weise ebenfalls an Erwerbskraft und Tüchtigkeit einbüßt, wie er denn auch nach dem Bruchaustritt vorsichtshalber ein Bruchband wird tragen müssen. Freilich dürfen diese dauernden Folgen des Unfalles nicht zu hoch angeschlagen werden, und ferner ist zu berücksichtigen, daß bei vorhandener Bruchanlage schon vorher stets die Gefahr eines Austrittes vorhanden war. Vorliegend fällt überdies in Betracht, daß Kläger ein älterer Mann war und deshalb bald auch aus andern Gründen erheblich in seiner Erwerbsfähigkeit beschränkt worden wäre. Ein Betrag von 350 Fr. dürfte bei dieser Sachlage genügen, um den auf den Unfall zurückzuführenden Nachteil auszugleichen.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Berufung wird begründet erklärt und demnach das Urteil des Obergerichtes des Kantons Solothurn vom 30. April 1897 dahin abgeändert, daß die Beklagten, Fischer & Schmutziger, verurteilt werden, dem Kläger, H. Brunner, eine Entschädigung von 350 Fr. nebst Zins seit dem Tage des Unfalles, 23. August 1895, zu entrichten, und daß ferner die rechtlichen und außerrechtlichen Kosten der kantonalen Instanzen den Beklagten auferlegt werden.

Siehe auch Nr. 127, Urteil vom 1. April 1897
in Sachen
Walther gegen Schweizerische Eidgenossenschaft.

VII. Erfindungspatente. — Brevets d'invention.

125. Urteil vom 4. Juni 1897 in Sachen Maschinenbaugesellschaft Basel gegen v. Muralt.

A. Durch Urteil vom 12. April 1897 hat das Appellationsgericht des Kantons Baselstadt erkannt: Es wird das erstinstanzliche Urteil bestätigt.

(Das erstinstanzliche Urteil lautet:

1. Die Beklagte wird zur Haltung des zwischen den Parteien am 3. August 1894 abgeschlossenen Licenzvertrages und demgemäß zur Zahlung von 1674 Fr. 25 Cts. nebst Zins à 5 % seit 3. August 1895 verurteilt.

2. Mit ihrer Widerklage ist die Beklagte abgewiesen.)

B. Gegen das Urteil des Appellationsgerichtes hat die Beklagte und Widerklägerin die Berufung an das Bundesgericht eingelegt mit dem Antrage: es seien in Aufhebung desselben die prinzipiellen und eventuellen Begehren der Klagebeantwortung und Widerklage zuzusprechen, ferner sei den in erster Instanz gestellten und vor zweiter Instanz wiederholten Beweisanträgen Folge zu geben, und es sei demgemäß

1. Über die einschlägigen Fachfragen eine Expertise anzuordnen.

2. Die von der Beklagten und Widerklägerin angerufenen Zeugen einzuvernehmen.

3. Kläger und Widerbeklagter zur Edition seiner betreffenden Bücher anzuhalten.

C. In der heutigen Hauptverhandlung erneuert der Anwalt der Beklagten und Widerklägerin diese Anträge. Der Anwalt des Klägers und Widerbeklagten beantragt Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Im März 1893 erwarb R. Avenarius in Ganalgesheim (Rheinlande) ein schweizerisches Patent, Nr. 6676, für einen fahrbaren, zerlegbaren Formkasten zur Herstellung fester und dauerhafter Kunststeine. Nach der Patentbeschreibung soll dieser Formkasten in einen verschließbaren Dampfcylinder geschoben werden, und mit dem zur Herstellung von Kunststeinen bestimmten Material gefüllt, dem Ausdehnungsvermögen des unter dem Einfluß des zuströmenden heißen Wassers und Dampfes sich ablöschenden Ätzkalkes genügenden Widerstand leisten, was zur Erzielung fester und dauerhafter Kunststeine von wesentlichstem Einfluß sein soll. Der Hauptvorteil der Erfindung soll in der Zerlegbarkeit, resp. Zusammensetzbarkeit liegen. Das Verfahren zur Herstellung der Kunststeine ist in Deutschland, nicht aber in der Schweiz patentiert. Durch Vertrag vom 5. Dezember 1893 verkaufte R. Avenarius das Patent für den Bereich der schweizerischen Eidgenossenschaft zu vollem freiem Eigentum an den Kläger und verpflichtete sich, auf seinem Werke in Nieder-Ingelheim dem Kläger oder dessen Bevollmächtigten jede Auskunft und jede Anleitung für die Fabrikation kostenfrei zu erteilen. Alle Neuerungen, Verbesserungen und Vorteile, welche sich bei Ausübung der Fabrikation ergeben, sollten den Kontrahenten gemeinschaftlich zukommen, und gegenseitig gemeldet werden. Für die Rechtsbeständigkeit des Patentes Nr. 6676 übernahm Avenarius eine zehnjährige Garantie. In der Folge wurde die Beklagte durch Borner & Cie. in Rorschach, welchen das ausschließliche Recht zur Fabrikation des patentierten Apparates eingeräumt worden war, auf das Patent und diese Kunststeinfabrikate aufmerksam gemacht, und ihr der Ankauf der Licenz zur Ausbeutung des Patentes resp. der Kunststeinfabrikate empfohlen. Borner & Cie. übermachten der Beklagten Proberesultate der diversen Prüfungsanstalten, auf welchen die künstlichen Steine geprüft worden waren, mit der Bemerkung, die Beklagte werde daraus ersehen, daß der Stein in jeder Beziehung wetterfest sei und jeden Gefrierpunkt aushalte. Die Probe auf der Zürcher Versuchsanstalt habe punkto Druck etwas weniger ergeben; im fernern stehen eine Anzahl Bauten in benachbarten Städten zur Einsicht, welche die besten Resultate ergeben haben. Zwischen der Beklagten und dem Kläger kam hierauf am 3. August 1894 ein

Vertrag zu stande, wonach der Kläger an die Beklagte verkaufte: „eine Licenz des schweiz. Patentes Nr. 6676 betreffend einen Apparat zur Herstellung von künstlichen Steinen.“ Nach § 1 des Vertrages gewährt die Licenz das ausschließliche und alleinige Recht zur Herstellung und zum Gebrauch des patentierten Appates Nr. 6676 in den Kantonen Baselstadt, Baselland, Solothurn und einem Teil von Aargau und Bern. Im übrigen sind folgende Bestimmungen des Vertrages hervorzuheben: „§ 2. Der Kaufpreis für die Licenz beträgt 10,000 Fr., zahlbar in 4 Raten und zwar 2500 Fr. bei Inkrafttreten des Vertrages, der Rest in jährlichen Raten jeweilen am Datum des Vertragsschlusses.... § 5. Der Patentinhaber resp. Licenzverkäufer verpflichtet sich, vom 1. August 1894 an, auf dem Werke in Rümlang und vorher auf dem Steinwerke des R. Avenarius in Nieder-Ingelheim dem Licenzkäufer oder dessen Bevollmächtigten jede Auskunft und Anleitung betreffend Fabrikation kostenfrei erteilen zu lassen. § 6 bestimmt, daß Neuerungen, Verbesserungen, welche sich bei Ausübung der Fabrikation ergeben, den Kontrahenten gemeinschaftlich zu gute kommen, und gegenseitig zu melden seien. § 8 bestimmt: „Dieser Vertrag tritt erst in Kraft 8 Tage nach Erhalt von Versuchsresultaten der eidg. Anstalt zur Prüfung von Baumaterialien über in Rümlang fabrizierte Steine, die eine Druckfestigkeit von mindestens 200 Kilos per Quadratcentimeter aufweisen.“ Am 31. Oktober 1894 sandte der Kläger der Beklagten den Befundbericht der eidg. Prüfungsanstalt über 4 künstliche Steinwürfel, welche am 10. Oktober 1894 nach Patent Nr. 6676 hergestellt worden waren, und eine Druckfestigkeit von 302 Kilos per Quadratcentimeter ergeben hatten. Darauf bezahlte die Beklagte am 6. November 1894 dem Kläger 2500 Fr. als erste Rate der im Vertrag vom 3. August ausbedungenen Licenzgebühr. Am 29. Dezember 1895 sandte der Kläger der Beklagten fünf Rechnungen derselben zur Verrechnung mit der 2. Rate der Licenzgebühr und ersuchte um Anweisung des Restes. Daraufhin quittierte die Beklagte mit Brief vom 31. Dezember 1895 die betreffenden Rechnungen im Betrage von 825 Fr., ersuchte jedoch den Kläger mit dem Restbetrag noch zu warten, bis sie günstige Resultate mit der Fabrikation der Kunststeine erzielt habe. Der Kläger antwortete, die Gültigkeit des Vertrages sei an keine andere Bedingung als die Druckfestigkeit der Steine geknüpft, und

Beklagte daher zur Zahlung der 2. Rate pflichtig. Die Beklagte sandte dann am 24./29. Januar 1896 der eidg. Materialprüfungsanstalt eine Anzahl von ihr fabrizierter Kunststeine zur Prüfung auf Frostbeständigkeit und Druckfestigkeit ein. Die am 10. März gl. J. vorgenommene Prüfung ergab hinsichtlich der Frostbeständigkeit ein ungünstiges Resultat, diejenige der Druckfestigkeit im Mittel eine solche Festigkeit von 219 Kilos per Quadratcentimeter. Die Druckfestigkeit der dem Froste ausgesetzten Steinwürfel hatte wegen starker Frostbeschädigung nicht bestimmt werden können. In einem Briefe vom 28. April 1896 bemerkte die Beklagte, daß es ihr bis jetzt nicht gelungen sei, nach dem vom Kläger gekauften Verfahren regelrecht zu fabrizieren, und dies der einzige Grund sei, warum sie mit der Zahlung zögere. Der Kläger sei verpflichtet, die Beklagte so zu instruieren, daß sie anstandslos ein gutes, brauchbares Material fabrizieren könne. Darauf erhob der Kläger am 18. Mai 1896 gegen die Beklagte Klage mit dem Rechtsbegehren, dieselbe sei zur Haltung des Vertrages vom 3. August 1894, zur Zahlung der auf Grund dieses Vertrages fälligen 1674 Fr. 25 Cts. nebst Zins zu 5 % seit 5. August 1895 und zu sämtlichen Kosten zu verurteilen. Außer den bereits angeführten Thatsachen brachte der Kläger an: Bevor der Vertrag vom 3. August 1894 abgeschlossen worden sei, habe der Direktor der Beklagten, Bürgin, zu wiederholten Malen die Fabrikation in der Fabrik Avenarius in Ingelheim studiert und sich von dem Vorhandensein der im Vertrage genannten Eigenschaften der fabrizierten Steine überzeugt. Vom August 1894 an habe Kläger auch den Vertreter der Beklagten auf seinem Werk in Rümlang instruiert und demselben alles Wissenswerte mitgeteilt. Kläger habe also alle ihm im Vertrage aufgelegten Verpflichtungen erfüllt; ob die Beklagte selbst mit dem Patent fabrizieren könne, sei ganz irrelevant; wenn das richtige Material und die notwendige Sorgfalt angewendet werden, so sei es eine Kleinigkeit, die im Vertrag garantierten Eigenschaften herauszubringen. Für die Rentabilität der Fabrikation habe Kläger keine Garantie übernommen, sondern bloß eine Druckfestigkeit versprochen, und dieses Versprechen erfüllt. Die Beklagte trug auf Abweisung der Klage und widerklagend darauf an, es sei der Kläger und Widerbeklagte zur Rückzahlung der empfangenen 3325 Fr. nebst Zins zu 5 %

vom Tage der Widerklage an zu verurteilen. Sie betonte, der patentierte Formkasten habe in casu nur ganz nebensächliche Bedeutung. Das Wesentliche sei die Fabrikation fester und dauerhafter Kunststeine, und hierauf sei der Wille der Kontrahenten beim Vertragsabschluß gerichtet gewesen. Borner & Cie. haben der Beklagten unter Garantierung für die besten Resultate diverse Aktenstücke, Berechnungen u. s. w. über Festigkeits- und Dauerhaftigkeitsproben gegeben, welche als recht günstig haben erscheinen müssen. Nachher habe sich erzeigt, daß Borner & Cie. nur Stellvertreter des Klägers gewesen seien, und der Vertrag mit letzterem habe abgeschlossen werden müssen. Nach dem Vertrage nun sei Zweck der Fabrikation, welche Kläger die Beklagte habe lehren und ihr beibringen müssen, nicht bloß die Erstellung künstlicher Steine schlechthin, sondern solcher Steine gewesen, die fest und dauerhaft seien. Die ganze Fabrikation habe Direktor Bürgin in Ingelheim und Rümlang nicht verfolgen können, sondern man habe demselben lediglich Steine vorgewiesen, die angeblich dort fabriziert worden seien. Trotz vielfachen Proben sei es nicht gelungen, dauernde, gute Resultate zu erzielen. Auch in der Folge sei der Kläger nicht in der Lage gewesen, der Beklagten die Anleitung zur richtigen Erstellung der Steine zu geben. Schon seit mehreren Monaten habe der Kläger den Betrieb seiner Fabrik in Rümlang eingestellt und abgeschlossene Lieferungsverträge nicht erfüllt, weil er nicht im stande gewesen sei, die Steine anzufertigen. Auch Avenarius habe die Fabrikation einstellen müssen. Da somit der Kläger nicht erfüllt habe, sei die Klage abzuweisen. Eventuell müßte Abweisung zur Zeit erfolgen; denn einmal habe die Beklagte die vertraglich vorgesehene Anleitung zur Herstellung eines richtigen Produktes bis zur Stunde nicht erhalten können, und sodann befinde sich der Kläger zufolge dieser Thatsache und der eigenen Betriebseinstellung in der Unmöglichkeit, die weiter übernommene Verpflichtung, alle Verbesserungen u. s. w. der Beklagten mitzuteilen, zu erfüllen. Durch Urteil vom 5. März 1897 hat das Civilgericht des Kantons Baselstadt die Klage gutgeheißen und die Widerklage abgewiesen. Dieses Urteil ist vom Appellationsgericht am 12. April 1897 bestätigt worden.

2. Die formellen und materiellen Voraussetzungen des Rechtsmittels der Berufung, und sodann speziell des mündlichen Verfah-

rens (Art. 73 Organis.-Ges.) sind vorhanden. Von den von beiden Parteien geforderten Geldsummen, welche nach Art. 60 Organis.-Ges. nicht zusammengerechnet werden dürfen, erreicht zwar keine den Betrag von 4000 Fr., die klägerische Forderung sogar nicht einmal den von 2000 Fr. Allein der Kläger fordert in der Klage nicht bloß den Rest der verfallenen 2. Rate des im Vertrag vom 3. August 1894 vereinbarten Preises von 1674 Fr. 25 Cts., sondern er verlangt auch, daß die Beklagte verurteilt werde, den Vertrag als Ganzes zu halten, und da nun die noch ausstehenden zwei Raten für sich allein noch 5000 Fr. ausmachen, so ist bezüglich der Klage der für das mündliche Verfahren erforderliche Streitwert vorhanden. Daraus folgt, daß das gleiche Verfahren auch für die Widerklage eintreten muß, und zwar abgesehen davon, ob die Klage und Widerklage einander ausschließen. Der letztere Umstand wäre nur für die Zulässigkeit der Berufung bezüglich der Klage von Bedeutung, sofern nämlich die Klageforderung bloß in der eingeklagten Geldsumme von 1674 Fr. 25 Cts. bestünde und somit weniger als 2000 Fr. betrüge.

3. In der Sache selbst handelt es sich um die Entscheidung der Frage, ob der Kläger aus dem Vertrage vom 3. August 1894, wie die Beklagte behauptet, dafür hafte, daß mit dem unter Nr. 6676 patentierten Apparate Steine fabriziert werden können, welche alle Eigenschaften eines Natursteines haben, insbesondere also dauerhaft, wetterfest und frostbeständig seien, oder ob, wie der Kläger geltend macht, seine Gewährspflicht sich auf die in Art. 8 des Vertrages bestimmte Druckfestigkeit der fabrizierten Steine beschränke. Daß nämlich diese letztere in Art. 8 des Vertrages zugesicherte Eigenschaft in casu wirklich prästiert werde, kann nicht bestritten werden; in ihren mündlichen Vorträgen vor den kantonalen Gerichten hat allerdings die Beklagte behauptet, die im Oktober 1894 von der eidg. Prüfungsstelle vorgenommene Druckfestigkeitsprobe sei nicht vollständig gewesen, indem sie nicht auf solche Steine ausgedehnt worden sei, welche vorher dem Froste ausgesetzt gewesen seien, allein die Beklagte hat aus dem ihr damals ausgestellten Zeugnisse ersehen können und müssen, daß keine Frostbeständigkeitsprobe vorausgegangen sei, und da sie trotzdem das Protokoll ohne Einwendungen angenommen und die erste Kaufpreisrate daraufhin anstandlos bezahlt hat, so liegt darin die

unzweideutige Anerkennung, daß die vorgenommene Probe der vertraglichen Abrede entsprochen habe. Dafür, daß nicht Rümlanger Steine der Probe unterworfen worden seien, liegt außer einer vagen Andeutung gar nichts, insbesondere kein Beweisantrag der Beklagten vor.

4. Nun hat sich die Beklagte in erster Linie darauf berufen, es sei ihr vom Kläger die ausdrückliche Zusicherung erteilt worden, daß die nach dem mitgeteilten Verfahren fabrizierten Steine so hart wie Natursteine, insbesondere wetterfest und frostbeständig seien; allein der Beweis für eine solche ausdrückliche Zusicherung ist nicht geleistet. Daß der Kläger persönlich, sei es mündlich oder schriftlich sie gegeben habe, ist nicht erwiesen, noch auch zum Beweise verstellt worden, vielmehr stellt die Beklagte lediglich auf angebliche Zusicherungen von Borner & Cie. ab. Hierüber bemerkt die Vorinstanz, die Beklagte habe nicht nachgewiesen, daß Borner & Cie. als Vertreter des Klägers gehandelt haben, dagegen spreche schon der Umstand, daß die eigentlichen Verhandlungen schließlich bloß zwischen den heutigen Parteien stattgefunden haben. Soviel sich aus den Akten ergebe, habe die Firma Borner & Cie. der Beklagten den Kauf der Licenz bloß anempfohlen, und zwar weil ihr, wie es scheine, das Recht zur Anfertigung des patentierten Apparates übertragen worden sei. Diese Annahme erscheint nach den Akten durchaus gerechfertigt. In der That haben sich Borner & Cie. nach der bei den Akten liegenden Korrespondenz gegenüber der Beklagten niemals als Vertreter des Klägers bezeichnet, oder sonst irgendwie als solche zu erkennen gegeben, sondern die Beklagte, sobald es sich um den Abschluß des, allerdings von Borner & Cie. vorbereiteten, Vertrages handelte, an den Kläger verwiesen. Auch ist nicht dargethan, daß der Kläger von der zwischen der Beklagten und Borner & Cie. gewechselten Korrespondenz Kenntnis gehabt, oder der Beklagten gegenüber irgendwie zu erkennen gegeben habe, daß er die von Borner & Cie. abgegebenen Erklärungen als für sich verbindlich anerkenne. Weder der Vertrag vom 3. August 1894 noch die zwischen dem Kläger und der Beklagten gewechselten Briefe geben in dieser Richtung auch nur den geringsten Anhaltspunkt. Namentlich hat die Beklagte selbst in ihren Briefen an den Kläger gar nie auf die Erklärungen und angeblichen Zusicherungen von Borner & Cie. irgendwie Bezug

genommen. Es kann also auch nicht etwa gesagt werden, daß die Beklagte durch das Verhalten des Klägers in den Glauben versetzt worden sei, daß neben den Bestimmungen des Vertrages vom 3. August 1894 auch noch die zwischen der Beklagten und Borner & Cie. allfällig getroffenen Abmachungen gelten. Für den Inhalt der beidseitigen Rechte und Pflichten ist somit lediglich auf den von beiden Parteien unterzeichneten Vertrag abzustellen, zumal die Parteien offenbar von Anfang an die schriftliche Abfassung des Vertrages im Auge hatten, und vor derselben nicht gebunden sein wollten. Eine ausdrückliche Zusicherung im Sinne der Behauptung der Beklagten enthält nun aber der schriftliche Vertrag jedenfalls nicht.

5. Es kann sich also nur fragen, ob die von der Beklagten behauptete Gewährspflicht als stillschweigende Bedingung des zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrages angenommen werden könne. Hiebei ist nun vorerst festzustellen, daß der Gegenstand des Vertrages vom 3. August 1894 in dem der Beklagten einzuräumenden Rechte besteht, den durch das eidg. Patent Nr. 6676 geschützten Apparat (Formkasten) in dem in Art. 1 des Vertrages näher bezeichneten Gebiete der Schweiz allein und ausschließlich herzustellen und zu gebrauchen. Es handelt sich also um die Abtretung des ausschließlichen Rechts zur Ausbeutung einer Erfindung seitens des Klägers an die Beklagte auf einem gewissen Gebiete, und es war somit allerdings ungenau, wenn die Parteien von einer Licenzerteilung gesprochen haben, indem gemäß Art. 5 des Bundesgesetzes betreffend die Erfindungspatente vom 29. Juni 1888 die Licenz bloß in der Ermächtigung eines Dritten zur Benutzung der Erfindung besteht, während hier, wie bemerkt, der Beklagten nicht nur eine solche Ermächtigung, sondern das ausschließliche Recht zur Ausbeutung in dem genannten Gebiete eingeräumt worden ist, worin nicht bloß eine Licenzerteilung, sondern eine örtlich beschränkte Abtretung des Rechts aus dem Patente liegt. Festzuhalten ist nun aber, daß Gegenstand der Abtretung das Recht auf Ausbeutung des unter Nr. 6676 patentierten Apparates bildet, nicht etwa des Verfahrens zur Herstellung von Kunststeinen. Über dieses Verfahren haben die Parteien in dem Vertrage vom 3. August 1894 nicht disponiert; dasselbe war in der Schweiz nicht patentiert und konnte auch nicht patentiert wer-

den; von einer Verpflichtung des Klägers zur Mitteilung desselben an die Beklagte hätte demnach denn auch nur unter der Voraussetzung die Rede sein können, als es sich um ein Betriebs- oder Fabrikgeheimnis handelte; da jedoch der Erfinder des fraglichen Apparates in Deutschland auch das Verfahren hatte patentieren lassen, war dasselbe allgemein bekannt gegeben, und daher zur Zeit des Vertragsabschlusses für niemand, der sich darum interessierte, ein Geheimnis mehr. Die zu entscheidende Frage geht somit dahin, ob der Kläger dadurch, daß er der Beklagten für ein bestimmtes Gebiet das ausschließliche Recht zur Ausbeutung des patentierten Formkastens abtrat, außer der bereits besprochenen, im Art. 8 des Vertrages enthaltenen, ausdrücklichen Zusicherung, die Gewähr auch dafür übernommen habe, daß sich mit diesem Apparat Steine von einer bestimmten Gebrauchstüchtigkeit, insbesondere frostbeständige Steine herstellen lassen. Aus den allgemeinen, die Abtretung von Rechten beherrschenden Grundsätzen folgt nun allerdings, daß der Kläger für den Bestand des abgetretenen Rechts einzustehen hat; er haftet der Beklagten also, ohne besondere Zusicherung, auf Grund des Abtretungsvertrages dafür, daß das Patent Nr. 6676 zu Recht bestehe, und damit auch für die gewerbliche Verwertbarkeit der Erfindung; denn ohne diese Eigenschaft unterliegt das Patent gemäß Art. 10 des Bundesgesetzes vom 29. Juni 1888 der Anfechtung wegen Nichtigkeit. Daß Kläger in dieser Beziehung den Vertrag erfüllt habe, ist nun aber von der Beklagten nicht bestritten worden. Die Beklagte hat weder in Widerspruch gesetzt, daß die Erfindung eine gewerbliche Ausführung überhaupt gestatte, noch geltend gemacht, daß dieselbe, sofern dadurch keine frostbeständigen Kunststeine erzielt werden können, sich nicht als ein Gut erweise, welches irgendwie zur Befriedigung eines menschlichen Bedürfnisses dient. Auch hat sie weder im Wege eines selbständigen Klagebegehrens, noch einredeweise die Nichtigkeit des Patentes Nr. 6676 behauptet; sondern sie hat lediglich bestritten, daß mittels des patentierten Apparates und des angewendeten Materials und Verfahrens feste und dauerhafte, insbesondere frostbeständige Steine fabriziert werden können, welche alle Eigenschaften eines Natursteines haben. Eine Gewährspflicht nach dieser Richtung hin folgt nun aber weder aus allgemeinen Grundsätzen über die Haftbarkeit des Veräußerers bei Abtretung von

Rechten, noch kann sie als stillschweigende Bedingung des konkreten Vertrages angenommen werden. In dieser Beziehung ist vorerst zu betonen, daß § 1 des Vertrages nur von einem Apparat zur Herstellung künstlicher Steine spricht, und der Beklagten nur das Recht zur Herstellung und zum Gebrauch des patentierten Kastens überträgt, dem Apparat also im Vertrag so wenig, als in der Patentbeschreibung die Eigenschaft zugesprochen ist, daß mit demselben wetterfeste, frostbeständige Steine fabriziert werden können. Sodann kommt in Betracht, daß der Direktor der Beklagten unbestrittenermaßen vor Abschluß des Vertrages auf dem Steinwerk des Avenarius in Ingelheim gewesen ist, und dort fabrizierte Steine gesehen hat. Die Beklagte, resp. ihr sachverständiger Direktor, war daher in der Lage, sich vor Abschluß des Vertrages darüber zu vergewissern, ob mit der Erfindung des Avenarius dasjenige technische Resultat erreichbar sei, auf welches sie Wert legte, und wenn sie hierüber irgendwelche Zweifel hatte, entweder den Vertrag nicht abzuschließen, oder doch sichernde Bestimmungen in denselben aufnehmen zu lassen. Wenn nun die Beklagte, resp. ihr Direktor, nach eingenommenem Augenschein an Ort und Stelle, das Zustandekommen des Vertrages lediglich davon abhängig machte, daß durch die eidg. Anstalt zur Prüfung von Baumaterialien eine Druckfestigkeit der in Rümlang fabrizierten Steine von mindestens 200 Kilos per Quadratcentimeter ausgewiesen werde, so muß angesichts des übrigen Wortlautes des Vertrages vom 3. August 1894 daraus geschlossen werden, daß die Beklagte jenen Ausweis für genügend erachtet habe, um die Brauchbarkeit der Erfindung für ihre Zwecke darzuthun. Nach diesen Ausführungen ist die Klage, in Übereinstimmung mit den kantonalen Gerichten, gutzuheißen, womit die Widerklage ohne weiters als unbegründet dahinfällt.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen und daher das Urteil des Appellationsgerichtes des Kantons Baselstadt vom 12. April 1897 in allen Teilen bestätigt.

VIII. Civilstreitigkeiten zwischen Kantonen einerseits und Privaten oder Korporationen anderseits.

Différends de droit civil entre des cantons d'une part et des corporations ou des particuliers d'autre part.

126. Urteil vom 28. Mai 1897 in Sachen Kanton St. Gallen gegen Toggenburgerbahn.

A. Zum Zweck der Erbauung und des Betriebs einer Eisenbahn von Ebnat nach Wyl bildete sich im Jahre 1867 eine Aktiengesellschaft unter der Firma „Toggenburgerbahngesellschaft" mit einem Aktienkapital von 4 Millionen Franken, eingeteilt in 8000 Aktien zu 500 Fr. Von diesem Aktienkapital übernahm der Kanton St. Gallen 2 1/2 Millionen in 5000 Aktien, wofür demselben ein Dividendenvorrecht von 2 1/2 % des Reinertrages und überdies 100 Stimmen in der Generalversammlung für so lange eingeräumt wurden, als er ein Aktienkapital von wenigstens 1 1/2 Millionen besitze. Im übrigen bestimmt § 19 der Statuten bezüglich des Stimmrechts: Der Besitz von 1—5 Aktien berechtigt zu einer Stimme, von 6—10 Aktien zu zwei Stimmen, von 11—20 Aktien zu drei Stimmen, und je weitere 20 Aktien in derselben Hand zu einer Stimme mehr. Jedoch dürfen von derselben Person nicht mehr als 20 Stimmen, sei es in ihrem eigenen Namen oder mit Vollmacht, abgegeben werden; auch darf niemals ein einzelner Aktionär mehr als den fünften Teil der vertretenen Stimmrechte in sich vereinigen. Nach § 18 der Statuten entscheidet in der Generalversammlung die absolute Mehrheit der in derselben abgegebenen Stimmen, vorbehältlich gewisser, im vorliegenden Falle nicht in Betracht kommender, Ausnahmen. Behufs Fortsetzung in das Linthgebiet und zum Zürichsee über die Rickenhöhe wurden in letzter Zeit vier Projekte einer sogenann-

ten Rickenbahn aufgestellt, und dafür die gesetzlichen Konzessionen erworben. Unter denselben befindet sich ein Projekt des alt Nationalrat Bühler-Honegger in Rapperswyl und Konsorten für eine Eisenbahn von Wattwyl eventuell Ebnat nach Rapperswyl, während die andern Projekte als südlichen Endpunkt Uznach, oder doch eine Abzweigung nach dieser Ortschaft vorsehen. Zu diesen Projekten hat auch der Kanton St. Gallen Stellung genommen. Der Große Rat ernannte zur Prüfung und Begutachtung der einschlagenden Fragen aus seiner Mitte eine Kommission, und der Regierungsrat betraute eine Fachmännerkommission mit der gleichen Aufgabe. Inzwischen fand am 25. Juni 1896 die ordentliche Generalversammlung der Toggenburgerbahngesellschaft statt, an welcher nach dem Protokolle außer den 100 Stimmen des Kantons St. Gallen noch 426 Stimmrechte von 186 Privataktionären mit 2488 Aktien vertreten waren. In dieser Versammlung wurde neben andern Geschäften folgende von Bühler-Honegger am 1. Juni 1896 eingereichte Motion: „Der Verwaltungsrat „der Toggenburgerbahn sei eingeladen und beauftragt, behufs Klä„rung der gegenwärtigen Situation der projektierten Rickenbahn „die Frage beförderlich zu prüfen, ob eine Vereinigung mit dem „Eisenbahnkomite Rapperswyl zu erzielen sei, die den ausschließ„lichen Zweck hat, durch gemeinsames Vorgehen die Beschaffung „des erforderlichen Baukapitals für die projektierte Linie Watt„wyl-Rapperswyl zu sichern. Innerhalb drei Monaten von der „diesjährigen ordentlichen Generalversammlung an gerechnet sei „einer einzuberufenden außerordentlichen Generalversammlung Be„richt und Antrag hierüber einzubringen" — behandelt, und (entgegen dem Antrag des Verwaltungsrates auf Ablehnung der Motion) mit 320 gegen 201 Stimmen angenommen (5 Stimmzeddel waren leer). Ebenso wurde entgegen dem Antrag des Verwaltungsrates, daß ihm die vor zwei Jahren erteilte Vollmacht erneuert, d. h. er ermächtigt werde, alles nötige zu besorgen, um entweder zum Abschlusse eines neuen Betriebsvertrages mit den Vereinigten Schweizerbahnen, oder aber auf den 30. Juni 1897 zur Einrichtung des Betriebes auf der Linie Wyl-Ebnat für Rechnung der Gesellschaft selbst zu gelangen, der Antrag des Herrn Bühler-Honegger, dahingehend, „diesen Gegenstand bis zu der

nach dem vorhergehenden Beschlusse bevorstehenden außerordentlichen Generalversammlung zu verschieben," nach gewalteter Diskussion mit 280 gegen 221 Stimmen angenommen. Gegen diese beiden Beschlüsse protestierte der Vertreter des Kantons St. Gallen, da dieselben durch gesetz- und statutenwidrige Stimmenverteilung seitens einzelner Großaktionäre zu Stande gekommen seien.

B. Mit Klageschrift vom 3. Oktober 1896 erhob der Regierungsrat des Kantons St. Gallen namens des letzteren als Inhaber von 5000 Aktien Klage gegen die Aktiengesellschaft Toggenburgerbahn und stellte das Begehren, daß die beiden genannten Beschlüsse der Generalversammlung vom 25. Juni 1896 als ungültig erklärt und aufgehoben werden, im übrigen aber die Beschlüsse und Wahlen jener Generalversammlung in Kraft bleiben. Zur Begründung dieses Begehrens wurde im wesentlichen angeführt: Während an den Generalversammlungen von 1885 bis 1894 durchschnittlich nur 33 Privataktionäre mit 97 Stimmen teilgenommen haben, erzeige die Generalversammlung vom 25. Juni 1896 186 Privataktionäre mit 426 Stimmen, somit eine vollkommene Verschiebung oder Umwälzung der Vertretungsverhältnisse. Der Schlüssel dazu liege in der Thatsache, daß Herr Bühler-Honegger, welcher in den letzten 1 1/2 Jahren 1000 Stück Aktien der Toggenburgerbahn erworben, dieselben unter eine größere Anzahl von Personen nach einer Berechnung verteilt habe, welche ihm die Mehrheit gesichert habe, zum Zwecke, die Geschicke der Toggenburgerbahn in seine Hand zu bekommen, und die angefochtenen Beschlüsse durchzubringen. Die Stimmenverteilung bestehe in

50	Abgaben einzelner Aktien			. . . =	50	Stimmen,
22	„	von je 6	„	. . . . . =	44	„
54	„	„ 11	„	. . . . . =	162	„
6	„	„ 50	„	. . . . . =	24	„
1	„	„ 14	„	von Direktor Auer	3	„
dazu die 100 Aktien des Herrn Bühler mit					7	„
				ergebe zusammen	290	Stimmen,

also erheblich mehr als die absolute Mehrheit betragen habe. Eine nähere Prüfung der Präsenzliste ergebe auch, daß es sich um eine systematische und berechnete Verteilung von Aktien aus der

Umgebung oder dem Interessenkreise des Herrn Bühler handle. Die Verteilung sei mittelst Cessionsscheinen des Herrn Bühler folgenden Inhalts geschehen: „Der Unterzeichnete überläßt hiemit dem „N. N. zu Eigentum ..... Stück Aktien der Toggenburgerbahn, „nämlich die Nummern ..... Der Preis der Aktien beträgt 400 Fr. „für jedes Stück. Der Coupon für das Rechnungsjahr 1895 ist „in obigem Kaufpreis nicht inbegriffen. Der Kaufpreis ist ver„standen zahlbar bis spätestens 30. September 1896, wobei jedoch „dem Käufer das Recht zusteht, innert dieser Frist alle oder nur „einen beliebigen Teil dieser Aktien in natura nebst den Coupons „an den Unterzeichneten, oder aber für dessen Rechnung an den „Basler und Zürcher Bankverein in Zürich zurückzuerstatten. Für „jede in natura an die oben bezeichnete Stelle zurückerstattete „Aktie der Toggenburgerbahn werden bis zum Vollbetrag der „Schuldsumme 400 Fr. per Aktie gutgeschrieben; für den Coupon „für das Rechnungsjahr ist die von der Generalversammlung „vom 25. d. M. beschlossene Dividende für Käufer und Ver„käufer maßgebend für Verrechnung dieser Coupons. Eine Zinsen„verrechnung innert der Frist bis 30. September findet nicht „statt. Die nicht zurückerstatteten Aktien sind mit 400 Fr. valuta „30. September 1896 in bar zu bezahlen. Rapperswyl den (20.) „Juni 1896. J. H. Bühler-Honegger." Nun habe der höchste Kurs der Toggenburgerbahnaktien 300 Fr. betragen, und könne beim Mangel jedes Umsatzes zur Zeit nicht auf über 250 Fr. angenommen werden, so daß es keinem der Scheinkäufer habe einfallen können, solche Aktien zu 400 Fr. zu erwerben. Bezeichnend sei auch die Thatsache, daß der Rückgabetermin auf 30. September 1896 gestellt sei, ohne Zweifel mit Rücksicht darauf, daß die außerordentliche Generalversammlung innert drei Monaten vom 25. Juni 1896 an, also spätestens am 25. September gl. J., habe stattfinden sollen. Der Regierungsrat des Kantons St. Gallen erblicke in der geschilderten künstlichen Majorisierung der Generalversammlung eine hohe Gefährde für die Landesinteressen. Die Stellung des Kantons zu der Beklagten bringe es mit sich, daß der Kanton nicht bloß als Aktionär in seinen finanziellen Interessen bedroht, sondern auch in seiner pflichtgemäßen Obsorge für das Wohl der Toggenburgerbahn und insbesondere für die

Verbindung zweier Kantonsteile, des Toggenburgs mit dem Linthgebiet und Zürichsee, paralysiert werde. In rechtlicher Beziehung werde die Klage auf Art. 640 O.-R. gestützt, auch treffe in casu die Einrede der Simulation nach Art. 16 O.-R. zu. Was den Streitwert anbetreffe, so betrage derselbe weit über 3000 Fr., indem der große Aktienbesitz des Klägers in einer seiner wesentlichsten Rechtsbeziehungen angegriffen und damit auch in seinem Geldwert geschädigt sei. Eine solche Schädigung des Aktienbesitzers müßte auch schon durch den Abschluß eines für die Toggenburgerbahn ungünstigen Betriebsvertrages entstehen.

C. Die Beklagte beantragte: 1. Es sei in eine Beurteilung der Klage wegen mangelnder Kompetenz des Bundesgerichtes nicht einzutreten. 2. Eventuell sei in eine materielle Beurteilung der Klage im Sinne von Art. 8 der eidg. C.-P.-O. zur Zeit nicht einzutreten, bezw. dieselbe einstweilen abzuweisen. 3. Eventuellst sei das Rechtsbegehren des Klägers als materiell unbegründet abzuweisen. Zur Begründung dieser Anträge führte die Beklagte im wesentlichen aus: Herr Bühler-Honegger solle allerdings im Jahre 1894 tausend Aktien der Toggenburgerbahn zum Kurse von 400 Fr. erworben haben, jedoch nicht zu Spekulationszwecken, vielmehr scheine dies aus dem Grunde geschehen zu sein, um im Interesse des Seegebiets eine Rickenbahn zu fördern, was die Regierung von St. Gallen offenbar auch wolle. Aus den Akten müsse geschlossen werden, daß Herr Bühler die Aktien zur Hälfte bei der Eidgenössischen Bank und zur Hälfte beim Zürcher und Basler Bankverein deponiert habe, und vor der Generalversammlung vom 25. Juni 1896 über den weitaus größten Teil derselben in der Weise verfügt worden sei, daß eine Anzahl derselben an die politischen Gemeinden St. Gallen-Kappel, Goldingen, Jona und Eschenbach, sowie an die Kirchen- und Schulgemeinde Ricken schenkungsweise überlassen, und eine große Anzahl an verschiedene Privatpersonen, gestützt auf förmliche Kaufverträge überlassen worden seien, welche übereinstimmend dem vom Kläger eingelegten Formular entsprechen. Es liege durchaus kein Beweis dafür vor, daß diese Schenkungen und Kaufverträge bloße Scheingeschäfte gewesen seien, um den Aktienbesitz des Herrn Bühler in der Generalversammlung vom 25. Juni 1896 zu ver-

treten und nach dessen Weisungen zu stimmen. Vielmehr sei jeder Erwerber wahrer Inhaber der betreffenden Aktien geworden und habe von seinem Stimmrechte ganz nach freiem Ermessen Gebrauch machen können. Die Stimmkarten seien denselben auch anstandslos behändigt worden. Die Anträge des Herrn Bühler seien nicht deshalb mit großer Mehrheit angenommen worden, weil die Aktienerwerber im Dienste des Herrn Bühler gestanden haben, sondern weil die Annehmenden von deren Richtigkeit überzeugt gewesen seien und in ganz gleicher Weise gestimmt hätten, wenn ihnen die betreffenden Aktien vom Kläger geschenkt worden wären. Vermögensinteressen des Kantons St. Gallen seien durch die angefochtenen Beschlüsse in keiner Weise berührt worden; denn es seien durch dieselben keine materiellen Entscheidungen getroffen oder präjudiziert worden. In rechtlicher Beziehung falle in Betracht: 1. zum ersten Antwortbegehren: Sowohl nach § 40 der Statuten der Toggenburgerbahn als nach Art. 48, Ziff. 4 des Organis.-Ges. sei die Kompetenz des Bundesgerichts durch einen Streitwert von 3000 Fr. bedingt. Ein solcher sei nun in casu weder bewiesen, noch auch nur wahrscheinlich gemacht. Der Aktienbesitz des Kantons St. Gallen werde in seinem Geldwerte nicht angegriffen oder geschädigt. 2. zum zweiten Begehren: Die Klagebegründung gehe dahin, es habe ein Großaktionär (Herr Bühler) von seinem Aktienbesitz einen gesetz- und statutenwidrigen Gebrauch des Stimmrechts gemacht und dadurch statuten- und gesetzwidrige Beschlüsse der Generalversammlung veranlaßt. Der Verwaltungsrat der Beklagten könne nun über die Handlung des Herrn Bühler aus eigenen Wahrnehmungen keine oder nur unvollständige Mitteilungen machen, und da die Klage den Herrn Bühler zunächst berühre, indem aus dessen Handlungen die Ungültigkeit der Beschlüsse hergeleitet werden wolle, so hätte der Kläger ihn ebenfalls ins Recht fassen und ihm zur Vernehmlassung Gelegenheit geben sollen. Die Beklagte sei nicht in der Lage, sich für die Handlungen eines Dritten zu verantworten. Da nun der Streitgegenstand offenbar unteilbar sei und die berührten außerordentlichen Umstände es rechtfertigen, dem materiell eigentlich ausschließlich beklagten Herrn Bühler auch die Rechte eines solchen zu gewähren, so sei auf die Klage gegen die Beklagte im Sinne des Art. 8 der eidg. C.-P.-O. zur Zeit

nicht einzutreten, bezw. dieselbe einstweilen abzuweisen. 3. zum dritten Begehren: Die Aktien der Toggenburgerbahn seien Inhaberaktien. Der jeweilige Inhaber sei zur Ausübung aller damit verbundenen Rechte befugt; der thatsächliche Besitz allein beweise seine Legitimation und begründe nicht bloß eine Vermutung, welche durch Gegenbeweis zerstört werden könnte. Art. 640 O.-R. statuiere keine Ausnahme. Durch denselben werden die Rechte des Besitzers von Inhaberaktien nicht geschmälert. Es sei daher durch diese Gesetzesbestimmung den Besitzern von Inhaberaktien durchaus nicht untersagt, dieselben an Dritte zum Zwecke der Ausübung des Stimmrechtes abzugeben. Hätte der Gesetzgeber die Verteilung von Inhaberaktien zu Abstimmungszwecken untersagen wollen, so hätte er dies ausdrücklich sagen müssen. Es sei daher gar nicht zu untersuchen, wie diejenigen, welche am 25. Juni 1896 als Inhaber von Toggenburgerbahnaktien ihr Stimmrecht ausgeübt haben, in den Besitz dieser Aktien gelangt seien. Die Gläubigerversammlung habe ihr Stimmrecht auch ausdrücklich anerkannt, indem sie nach erfolgtem Appell sich als statutengemäß konstituiert erklärt habe. Gerade, weil Art. 640 O.-R. nicht ausgereicht habe, um gewisse Machenschaften von Großaktionären zu treffen, welche übrigens in casu nicht in Frage stehen, sei das Spezialgesetz betreffend die Stimmberechtigung der Aktionäre von Eisenbahngesellschaften vom 28. Juni 1895 erlassen und das Stimmrecht nur den Namenaktien erteilt worden. Eventuell könnte ein Beweisverfahren nur über die Frage angeordnet werden, ob den Aktienerwerbern von Herrn Bühler die Pflicht überbunden worden sei, an der Generalversammlung als seine Stellvertreter und für seine Anträge zu stimmen, denn unter allen Umständen könnte nur bei der Bejahung dieser Frage eine Umgehung des Art. 640 O.-R. angenommen werden. Als Beilage zur Klagebeantwortung ist eine gedruckte Erwiderung des Herrn Bühler-Honegger zu den Akten gebracht, jedoch nicht als Bestandteil der Antwortschrift erklärt worden.

D. Replik und Duplik enthalten im wesentlichen nur die Bestätigung der eigenen und Bestreitungen der gegnerischen Ausführungen in Klage und Antwort.

E. Innert der den Parteien zur Antretung von Beweisen an-

gesetzten Frist hat der Kläger, zur Erhärtung des Beweissatzes „laut Klage und Replik, daß die Überlassung von Aktien der Toggenburgerbahngesellschaft an eine große Anzahl von Personen durch Herrn Bühler-Honegger vor dem 25. Juni 1896 nicht einen ernstlichen Kauf und Verkauf der betreffenden Aktien, sondern nur bezweckt habe, dem Empfänger derselben das Stimmrecht an der Generalversammlung der Toggenburgerbahn zu verschaffen, 41 Personen als Zeugen angerufen, worunter auch den Herrn Bühler-Honegger selbst. Von den übrigen 40 Personen sollen 18 je 11 Aktien mit je 3 Stimmen, 11 je 1 Aktie mit je 1 Stimme, 4 je 50 Aktien mit je 4 Stimmen, 6 je 6 Aktien mit je 2 Stimmen und 1, nämlich Direktor Auer, 14 Aktien mit 3 Stimmen erhalten und an der Generalversammlung vom 25. Juni 1896 teilgenommen haben. Von diesen Personen wurden vorerst nur die in Wattwyl wohnenden, 19 an der Zahl, zur Einvernahme vorgeladen und 8 wirklich abgehört. Dieselben erklärten übereinstimmend, sie seien zu dem damaligen Gemeindeammann Bösch, dem Präsidenten des Wattwyler Eisenbahnkomites, citiert worden, und da habe man ihnen erklärt, es seien Aktien zu vertreten. Sie haben sich dazu bereit erklärt, jedoch nicht die Absicht gehabt, die Aktien zu kaufen, sondern nur sie in der Generalversammlung zu vertreten. Dieselben haben dem Herrn Bühler-Honegger gehört. Alle, mit Ausnahme des Zeugen Grob, welcher die Aktien nie in Händen gehabt hat, erklärten, sie haben die Aktien erhalten, um die Stimmkarten zu holen, und sie dann sofort wieder zurückgegeben. Der Zeuge Jakob Giger erklärte, er hätte die Aktien schon gekauft, wenn man sie bekommen hätte, aber dies sei nicht der Fall gewesen. Die Zeugen bestätigten auch, daß sie die in dem Beweissatz angegebenen Aktien in der Generalversammlung vertreten haben. Nur Fritz Grob, welcher mit 11 Aktien gestimmt hatte, erklärte, 1 davon habe ihm gehört, und Abraham Abderhalden gab an, von den von ihm vertretenen 11 Aktien haben nur 9 dem Herrn Bühler, die übrigen 2 einem andern Aktionär gehört. Nachdem diese 8 Zeugen einvernommen worden waren, gab der Vertreter der Beklagten die Erklärung ab, er gebe zu, daß die übrigen vorgeladenen Zeugen die gleichen Aussagen machen würden. Unter Behaftung der Beklagten bei

dieser Erklärung verzichtete der Anwalt des Klägers auf die Abhörung der übrigen Zeugen. Bezüglich der nicht vorgeladenen Zeugen wurde der Beklagten eine Frist angesetzt, um sich darüber auszusprechen, ob sie anerkenne, daß auch diese Zeugen zugeben müßten, bei ihrer Stimmabgabe in der Generalversammlung vom 25. Juni 1896 Bühler-Honegger'sche Aktien vertreten zu haben, und zwar in der angegebenen Anzahl, unter Androhung, daß Stillschweigen innert dieser Frist als Anerkennung ausgelegt würde. Für den Fall dieser Anerkennung hat der klägerische Anwalt auch auf die Abhörung jener Zeugen verzichtet. Die Beklagte hat die Frist stillschweigend verstreichen lassen.

F. In der Hauptverhandlung erneuerten die Parteivertreter ihre in den Rechtsschriften gestellten Anträge.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Da einerseits der Kläger ein Kanton ist, und andrerseits die Statuten der beklagten Gesellschaft, welcher der Kläger als Aktionär angehört, in § 40 eine ausdrückliche Vereinbarung im Sinne des Art. 52, Ziff. 1 des Org.-Ges. enthalten, ist die Kompetenz des Bundesgerichts sowohl nach Art. 48, Ziff. 4 als nach Art. 52, Ziff. 1 des Org.-Gesetzes begründet, sofern die in diesen beiden Gesetzesbestimmungen enthaltene Voraussetzung zutrifft, daß es sich um eine vermögensrechtliche Klage mit einem Streitwert von mindestens 3000 Fr. handelt. Daß nämlich diese beiden Gesetzesstellen nur vermögensrechtliche Klagen im Auge haben, und demnach Streitigkeiten, welche eine andere Beschaffenheit haben, nicht darunter fallen, ergibt sich ohne weiteres daraus, daß sie einen bestimmten Wert des Streitgegenstandes für die sachliche Zuständigkeit des Bundesgerichts verlangen. Nun ist aber nicht bestritten, und vom Bundesgericht bereits in seiner Entscheidung in Sachen Ryf und Genossen gegen die schweiz. N.-O.-B. (bundesger. Entsch., Amtl. Samml., Bd. XX, S. 950, Erw. 5) anerkannt worden, daß Streitsachen vorliegender Art dem Vermögensrecht angehören, und frägt es sich danach bloß, ob der erforderliche Streitwert von mindestens 3000 Fr. als gegeben zu betrachten sei. In dieser Hinsicht ist zunächst festzustellen, daß, da der Kläger lediglich in seiner Eigenschaft als Aktionär der beklagten Gesellschaft zur vorliegenden Klage legitimiert ist, auch

nur das Interesse, welches er als Aktionär an der Aufhebung der angefochtenen Beschlüsse hat, in Betracht kommen kann, nicht dagegen auch anderweitige Interessen desselben, welche sich an die projektierte Rickenbahn knüpfen. Im vorliegenden Falle besteht jenes für die Bestimmung des Streitwertes maßgebende Interesse des Klägers in dem Anspruch von 5000 Aktien im Betrage von 2 1/2 Millionen Franken auf Erhaltung ihres bisherigen Wertes und auf die statutengemäße Dividende, welche ohne die angefochtenen Beschlüsse zur Verteilung gekommen wäre. Danach erscheint der erforderliche Streitwert von 3000 Fr. als gegeben, sofern die angefochtenen Beschlüsse auch nur eine Verminderung von nicht einmal 5 Cts. der Jahresdividende einer Aktie, oder von 250 Fr. von allen Aktien des Klägers, zur Folge haben können. Ob nun die angefochtenen Beschlüsse einen solchen Einfluß auf den Wert der Aktien auszuüben geeignet gewesen seien, ist allerdings nicht mit Sicherheit zu bestimmen, zumal durch dieselben weder Ausgaben dekretiert, noch irgend welche Verpflichtungen gegenüber Dritten eingegangen worden sind, noch der Verwaltungsrat zur Eingehung solcher Verpflichtungen ermächtigt worden ist; allein die Schwierigkeit der Schätzung des Streitwertes darf nicht dazu führen, vom Kläger einen besondern Nachweis des Streitwertes zu verlangen, vielmehr ist gerade in Fällen, wie der vorliegende, der gesetzliche Streitwert als vorhanden anzunehmen, sobald nur nicht gesagt werden muß, daß auch bei der dem Kläger günstigsten Berechnung sein Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Beschlüsse nicht den Betrag von 3000 Fr. erreiche. Letzteres ist jedoch im vorliegenden Falle um so weniger als feststehend anzunehmen, als im allgemeinen Generalversammlungen von Aktiengesellschaften, in welchen Beschlüsse von Strohmännern erwirkt werden, doch ungesunde Erscheinungen sind, welche sowohl auf den Gang der Verwaltung lähmend und hindernd einwirken, als auch den Kredit der Gesellschaft beeinträchtigen und so das finanzielle Resultat der Unternehmung gefährden können. Die Einrede der Inkompetenz des Bundesgerichts erweist sich demnach nicht als begründet.

2. Unbegründet ist auch der Antrag der Beklagten, daß die Klage gestützt auf Art. 8 der eidg. C.-P.-O. zur Zeit abgewiesen

werde, weil es sich um einen unteilbaren Streitgegenstand handle, und nicht alle mitverpflichteten Personen belangt seien. In solchen Fällen handelt es sich allerdings insoweit um ein unteilbares Rechtsverhältnis, welches gegenüber allen Beteiligten nur einheitlich festgestellt werden kann, als die Ungültigerklärung bewirkt, daß der Beschluß für die Gesellschaft, also alle Aktionäre, als ungültig zu betrachten ist; allein hieraus folgt nur, daß eine Klage gegen einzelne Aktionäre, welche bei dem angefochtenen Beschluß mitgewirkt haben, unzulässig ist und die Klage gegen die Gesamtheit der Aktionäre, d. h. gegen die Aktiengesellschaft selbst, gerichtet werden muß, wie dies im vorliegenden Fall denn auch wirklich geschehen ist. Ob der Verwaltungsrat über die der Klage zu Grunde liegenden Thatsachen Auskunft geben kann oder nicht, ist völlig unerheblich, denn die Passivlegitimation der Beklagten wird hiedurch nicht beeinflußt; maßgebend ist vielmehr, daß der formell gültig gefaßte Beschluß der Generalversammlung bis zu seiner Ungültigerklärung als Schlußnahme, Willensäußerung, der Aktiengesellschaft gilt, indem die Generalversammlung lediglich ein Organ der Aktiengesellschaft ist. Daraus folgt, daß derjenige Aktionär, der durch seinen Antrag die Beschlüsse veranlaßt hat, ebenso wenig passiv legitimiert ist, als jeder andere Aktionär, sondern daß der richtige Anfechtungsbeklagte die Aktiengesellschaft selbst ist.

3. In der Sache selbst hat die Beklagte mit Recht dem Kläger die Legitimation zu der vorliegenden Klage nicht bestritten, und auch an sich nicht in Widerspruch gesetzt, daß die Aktionäre zur Anfechtung von gesetz- und statutenwidrigen Generalversammlungsbeschlüssen berechtigt seien. Wie vom Bundesgericht schon in seiner Entscheidung in Sachen Ryf und Genossen gegen schweiz. N.-O.-B. (Amtl. Samml., Bd. XX, S. 951, Erw. 7) ausgesprochen worden ist, hat jeder Einzelaktionär in seiner Eigenschaft als Mitglied der Aktiengesellschaft ein Recht auf Innehaltung der Statuten als der Gesellschaftsverfassung, ohne daß ihm dasselbe durch das Gesetz oder die Statuten noch besonders eingeräumt zu werden brauchte, und zwar berechtigt jede Statuten- oder Gesetzesverletzung zur Erhebung der Anfechtungsklage, sofern die Verletzung auf den angefochtenen Beschluß nicht ersichtlich einflußlos gewesen ist. Rechtsgrund der Anfechtungsklage kann daher ohne

Zweifel auch die Verletzung einer Statuten- oder Gesetzesbestimmung sein, welche das Stimmrecht der Aktionäre normiert und eine gewisse Maximalbeschränkung aufstellt. Solche Beschränkungen sind in Art. 640 O.-R., welcher bezüglich aller Aktiengesellschaften, die nicht unter das Stimmrechtsgesetz von 1895 fallen, unbeschränkt in Kraft besteht, ausdrücklich als zulässig erklärt. Die von dieser Gesetzesbestimmung selbst aufgestellte Beschränkung, wonach keinenfalls ein Aktionär mehr als den fünften Teil der sämtlichen vertretenen Stimmrechte in sich vereinigen darf, kommt in casu nicht in Betracht, da nach derselben Bühler-Honegger, wenn die nach Angabe der Klage ihm gehörenden Aktien in seiner Hand vereinigt gewesen wären, in der Generalversammlung vom 25. Juni 1896 mehr Stimmen hätte abgeben dürfen, als ihm nach § 19 der Statuten (wonach kein Aktionär mehr als 20 Stimmen abgeben darf) zukommen.

4. Durch die Aussagen der abgehörten Zeugen und das Anerkenntnis der Beklagten, daß die nicht einvernommenen Zeugen die gleichen Erklärungen, wie die abgehörten, abgeben würden, ist nun erwiesen, daß bei der Generalversammlung vom 25. Juni 1896 eine Anzahl der Teilnehmer nicht Eigentümer der Aktien, für welche sie Stimmen abgaben, also nicht Aktionäre waren, sondern die Aktien vom Aktionär Bühler-Honegger erhalten hatten, um mit denselben in der Generalversammlung zu stimmen, bezw. die statutengemäße Maximalbeschränkung des Stimmrechts zu umgehen. Aus den Aussagen der einvernommenen Zeugen geht klar hervor, daß Kaufsunterhandlungen zwischen den Parteien gar nicht stattgefunden haben, daß Herr Bühler weder die Aktien veräußern, noch die Zeugen solche erwerben wollten, sondern die gedruckten Formulare nur behändigt und unterzeichnet wurden, um das Geschäft zu verschleiern und den Schein eines ernstlichen Veräußerungsgeschäftes zu erwecken. Es ist daher auch nicht richtig, wenn die Beklagte behauptet, jeder Erwerber hätte die Aktie um den Preis von 400 Fr. behalten können und es wäre in diesem Falle eine Vindikation der Aktien durch Herrn Bühler ausgeschlossen gewesen. Wie die Zeugen übereinstimmend erklären, sind sie entweder gar nicht oder doch nur ganz vorübergehend, nämlich so lange im Besitze der Aktien gewesen, als es zum Erwerb der

Stimmkarten erforderlich war. Eine Vindikation derselben seitens des Herrn Bühler war daher gar nicht nötig, und selbstverständlich hätte beiden Teilen, gestützt auf Art. 16 O.-R., die Einrede der Simulation zugestanden.

5. Die Beklagte glaubt nun aber, daß die Anfechtung der Beschlüsse der Generalversammlung vom 25. Juni 1896 wegen mangelnden Stimmrechts einzelner Teilnehmer schon aus dem Grunde ausgeschlossen sei, weil diese Generalversammlung sich durch Beschluß als regelmäßig konstituiert erklärt habe, allein mit Unrecht. Gemäß Art. 13 der Statuten der Toggenburgerbahngesellschaft muß nämlich in jedem Falle, bevor die versammelten Aktionäre als Generalversammlung sich konstituieren können, die Anwesenheit von 25 Aktionären mit mindestens 1000 nicht bevorrechtigten Aktien durch die zuständige Gesellschaftsbehörde konstatiert werden. Eine weitere Bedeutung, als daß das Vorhandensein dieser statutenmäßigen Voraussetzung festgestellt wird, hat die Erklärung, daß die Versammlung regelmäßig konstituiert sei, nicht. Eine Prüfung des Rechtes oder Nichtrechtes der mit Zutrittskarten versehenen Teilnehmer findet überall nicht statt, sondern lediglich eine Zählung der mit Zutrittskarten anwesenden Personen in der durch die Zutrittskarten ausgewiesenen Aktien. In casu ist auch vom Kläger nicht bestritten worden, daß die Generalversammlung vom 25. Juni 1896 regelmäßig konstituiert, d. h. beschlußfähig gewesen sei; sondern er hat seine Anfechtungsklage einzig darauf gestützt, daß die angefochtenen Beschlüsse mittelst Umgehung der statutengemäßen Maximalbeschränkung des Stimmrechts, d. h. unter Mitwirkung ungültiger Stimmen, zu Stande gekommen seien.

6. Im weitern nimmt die Beklagte den Standpunkt ein, daß gegenüber Inhaberaktien eine Prüfung des Rechts oder Erwerbes des Inhabers unbedingt ausgeschlossen sei, der Besitz der Aktien somit die unbedingte, jeden Gegenbeweis ausschließende Legitimation für die Ausübung der an die Aktien geknüpften Rechte bilde, so daß also dem Pseudoaktionär nicht entgegengehalten werden könne, daß die Form der Besitzübertragung mißbraucht worden sei, um dem wirklichen Aktionär die Ausübung von Rechten zu ermöglichen, die ihm nach Gesetz oder Statuten nicht zustehen. Dieser Standpunkt basiert nicht auf einer besondern, speziell für

die Inhaberaktien geltenden Gesetzesbestimmung, sondern darauf, daß allgemein bei Inhaberpapieren, nach den dieselben beherrschenden Grundsätzen, die Legitimationsprüfung gegenüber dem Präsentanten oder Inhaber ausgeschlossen sei, indem die Innehabung die einzige und durchschlagende Legitimation bilde, und diejenigen Personen, gegen welche ein Recht aus dem Inhaberpapier ausgeübt werden wolle, dem Inhaber gegenüber nicht berechtigt seien, sich auf dessen Nichtrecht zu berufen. Inwieweit nun nach dem eidg. O.-R. diese Grundsätze auf diejenigen Inhaberpapiere, welche eine Schuldverschreibung auf den Inhaber enthalten, also auf Forderungspapiere, Anwendung finden, kann im vorliegenden Fall unerörtert bleiben, da die Aktien zu diesen Papieren nicht gehören, und sich insbesondere das Stimmrecht des Aktionärs nicht als ein Recht auf eine Leistung der Aktiengesellschaft, so wenig als das politische Stimmrecht als ein Recht auf eine Leistung des Staates oder der Gemeinde darstellt. Darnach greifen denn auch die von der Beklagten angerufenen Art. 846 und 847 O.-R., welche sich nur auf Papiere, in welchen eine Leistung an den Inhaber versprochen ist, also auf Forderungspapiere, beziehen, in casu nicht Platz; sie könnten — wenigstens so weit darin nicht ein vermögensrechtlicher Anspruch an die Gesellschaft für den Fall der Auflösung derselben dokumentiert ist — nur insofern analog angewendet werden, als angenommen werden müßte, das eidg. O.-R. wolle in diesen Gesetzesbestimmungen eine Frage regeln, welche die Natur der Inhaberpapiere überhaupt betreffe, und daher auch alle andern derartigen Papiere, somit auch die Inhaberaktien, angehe. Diese Annahme wäre jedoch durchaus unzutreffend. Insbesondere kann aus Art. 846 und 847 O.-R. unmöglich gefolgert werden, daß der Gesetzgeber dem im Besitze von Aktien befindlichen Nichtaktionär gegenüber Einreden habe ausschließen wollen, welche gegenüber dem wirklichen Aktionär kraft positiver Gesetzesbestimmung zulässig, also eigentlich aus dem Aktienrechte hergeleitet sind. Das Gesetz würde offenbar mit sich selbst in Widerspruch geraten, wenn es zuließe, daß die Stimmrechtsbeschränkungen, welche es im Interesse der Aktiengesellschaften und der kleinern Aktionäre vorschreibt, oder doch als zulässig erklärt, in der Weise umgangen werden, daß ein Großaktionär seine Aktien unter Strohmänner

verteilt und sich dadurch die nach Gesetz und Statuten unstatthafte Majorisierung der Generalversammlung sichert. Es ist klar, daß der in Art. 640 O.-R. ausgesprochene besondere Grundsatz des Aktienrechts seine Bedeutung zum größten Teile verlieren würde, wenn die Legitimation schlechthin durch den Besitz der Aktien geführt werden könnte und der Aktiengesellschaft, bezw. den übrigen Aktionären, nicht die Befugnis zustünde, dem Pseudoaktionär sein Nichtrecht entgegenzuhalten, sofern die Form der Besitzesübertragung zur Umgehung der Stimmrechtsbeschränkungen mißbraucht werden will. Übrigens ist diese Frage nicht bloß bezüglich der gesetzlichen und statutarischen Stimmrechtsbeschränkungen, sondern auch für die Anwendung des Art. 655, Abs. 2 O.-R. von Bedeutung, welcher bestimmt, daß bei Beschlüssen über die Entlastung der Verwaltung betreffend die Geschäftsführung und Rechnungsablegung Personen, welche in irgend einer Weise an der Geschäftsführung Teil genommen haben, kein Stimmrecht besitzen. Auch diese Gesetzesvorschrift könnte natürlich auf die leichteste Weise umgangen und illusorisch gemacht werden, wenn den Mitgliedern der Verwaltung gestattet wäre, ihre Aktien, soweit sie dieselben nicht bei der Gesellschaft haben hinterlegen müssen, an Strohmänner zu verteilen und so für dieselben ein Stimmrecht zu schaffen.

7. Wenn nun die Beklagte weiter geltend macht, daß eine Umgehung des Art. 640 O.-R. nur dann vorläge, wenn bewiesen wäre, daß den Pseudoaktionären von ihren Hintermännern, speziell also von Herrn Bühler, die Pflicht überbunden worden wäre, an der Generalversammlung als seine Stellvertreter und für seine Anträge zu stimmen, nicht dagegen, wenn dieselben die volle Freiheit in der Stimmabgabe besessen haben, was in casu der Fall gewesen sei, so ist hierauf zu bemerken, daß eine Verletzung, bezw. Umgehung sowohl des Art. 640 O.-R. als des § 19 der Statuten der Beklagten offensichtlich immer schon dann vorliegt, wenn ein Aktionär in der Absicht, für die in seinem Eigentum stehenden Aktien mehr Stimmen zu schaffen und das Stimmrecht auszuüben, als ihm nach Gesetz oder Statuten zustehen, an Dritte zur Ausübung des Stimmrechts verteilt, ohne dieselben zugleich zum Eigentümer der Aktien zu machen. Übrigens ist ja klar, und

wird auch in der, der Klagebeantwortung beigelegten Erwiderung des Herrn Bühler mit aller Deutlichkeit anerkannt, daß die Aktien desselben nur an solche Personen behufs Ausübung des Stimmrechts abgegeben worden sind, von denen man wußte oder voraussetzte, daß sie die Anträge des Herrn Bühler unterstützen werden; sonst hätte die Verteilung der Stimmen ja gar keinen Sinn und Verstand gehabt. Die Frage kann daher nur die sein, ob Herr Bühler seinen Zweck, sich durch dieses Vorgehen die Majorität für seine Anträge zu sichern, erreicht, d. h. sein Vorgehen auf das Ergebnis der Abstimmungen der Generalversammlung, soweit sie angefochten sind, von Einfluß gewesen sei oder nicht. Müßte diese Frage verneint werden, so würde sich allerdings die Aufhebung der angefochtenen Beschlüsse nicht rechtfertigen; denn die Ungültigkeit der abgegebenen Stimmen kann die Ungültigkeit der unter Mitwirkung derselben gefaßten Beschlüsse nur insofern zur Folge haben, als die zum Beschluß erhobenen Anträge, ohne die Mitzählung der ungültigen, die Mehrheit nicht erhalten hätten. Der Kläger hat daher darzuthun, daß die ungültigen Stimmen für das Abstimmungsergebnis von Einfluß haben sein können. Ein weiterer (meist unerbringlicher) Beweis dafür, daß die angefochtenen Beschlüsse auch wirklich auf den ungültigen Stimmen beruhen, kann dagegen dem Kläger nicht auferlegt werden, vielmehr liegt, sofern der Anfechtungskläger jenen Beweis erbracht hat, dann der Beweis dem Beklagten ob, daß die ungültigen Stimmen thatsächlich ohne Einfluß auf das Abstimmungsergebnis gewesen seien. Diese Verteilung der Beweislast rechtfertigt sich durch die Erfahrungsthatsache, daß die sogenannten Strohmänner für die Anträge ihres Hintermannes, von welchem sie Aktien erhalten haben, gestimmt haben. In casu hat nun aber die Beklagte die Einrede, daß die angefochtenen Beschlüsse auch ohne die Stimmen der Strohmänner die Mehrheit der Stimmen auf sich vereinigt hätten, gar nicht vorgebracht, und fällt dieselbe daher schon aus diesem Grunde außer Betracht. Dieselbe wäre indessen auch unbegründet. Daß die Stimmen, welche von den klägerischerseits als Zeugen angerufenen Teilnehmern der Generalversammlung vom 25. Juni 1896 abgegeben wurden, ungültig sind, bedarf keiner weiteren Begründung, da jene Personen, soweit sie einver-

nommen worden sind, zugegeben haben, daß sie nicht Aktionäre sondern nur die Vertreter des Herrn Bühler-Honegger und anderer Aktionäre gewesen seien, und bezüglich der übrigen die Beklagte anerkannt hat, daß sie im gleichen Sinne aussagen würden. Zwar betragen nun die von diesen Personen abgegebenen Stimmen zusammen nur 96, und von diesen müssen noch 13 in Abzug gebracht werden, weil Herr Bühler selbst nur 7 Stimmen abgegeben hat, während er laut § 19 der Statuten zur Abgabe von 20 Stimmen berechtigt gewesen wäre; allein aus den zu den Akten gebrachten Urkunden, insbesondere der Präsenzliste vom 25. Juni 1896 und Briefen der Eidgenössischen Bank und des Basler und Zürcher Bankvereins ergibt sich, daß außer den als Zeugen angerufenen noch eine Reihe anderer Personen Aktien des Herrn Bühler-Honegger an jener Generalversammlung vertreten haben, und zwar im ganzen 386 Aktien mit zusammen 83 Stimmen, welche mit den 83 Stimmen der als Zeugen angerufenen Personen 166 Stimmen ausmachen, die also von den am 25. Juni 1896 als vertreten konstatierten 526 Stimmen in Abzug gebracht werden müssen. Danach waren bei der Generalversammlung vom 25. Juni 1896 360 gültige Stimmen vertreten, und betrug das absolute Mehr bei der Abstimmung über die Motion Bühler, bei welcher sich, abgesehen von 5 leeren Stimmzeddeln, alle Anwesenden beteiligten, 181 Stimmen, so daß also auch die Stimmen für den Antrag des Verwaltungsrates das absolute Mehr überschritten hätten. Da nun die höchste Wahrscheinlichkeit dafür besteht, und übrigens auch von der Beklagten nicht bestritten ist, daß die 166 ungültigen Stimmen zu Gunsten der Motion Bühler abgegeben worden seien, und daher an der für dieselbe erzielten Stimmenzahl in Abrechnung gebracht werden müssen, so kann nicht gesagt werden, daß das Vorgehen Bühlers auf das Ergebnis der Abstimmung erwiesenermaßen ohne Einfluß gewesen sei, und muß somit die Klage auf Ungültigerklärung dieses Beschlusses gutgeheißen werden. Dasselbe ist auch bezüglich des zweiten angefochtenen Beschlusses zu sagen. Bei demselben sind im ganzen nur 501 Stimmen abgegeben worden, wovon 221 auf den Antrag des Verwaltungsrates und 280 auf den Antrag Bühler fielen. Wie viele ungültige Stimmen sich dabei beteiligt haben

und für den Antrag Bühler abgegeben worden sind, ergibt sich aus den Akten nicht. Der Beweis, daß sie auf das Ergebnis der Abstimmung einflußlos gewesen seien, ist also auch hier nicht geleistet, und unterliegt demnach auch dieser zweite Beschluß der gerichtlichen Aufhebung.

8. Als irrtümlich ist endlich noch die von Seite der Beklagten aufgestellte Ansicht zu bezeichnen, daß nicht bloß die Gültigkeit einzelner Beschlüsse der Generalversammlung angefochten werden könne. Wie bereits oben bemerkt, ist die statutengemäße Konstituierung der Generalversammlung vom Kläger nicht angefochten worden. Ist dies aber der Fall, so ist nicht einzusehen, weshalb die Anfechtung bloß einzelner Gesellschaftsbeschlüsse wegen Teilnahme ungültiger Stimmen nicht möglich, und ein Aktionär auch zur Anfechtung solcher Beschlüsse verhalten sein sollte, zu denen er vielleicht selbst gestimmt hat, oder an deren Anfechtung er überhaupt kein Interesse besitzt.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Klage wird gutgeheißen, und es werden daher die angefochtenen Beschlüsse der Generalversammlung der Toggenburgerbahngesellschaft vom 25. Juni 1896 aufgehoben.

IX. Civilstreitigkeiten zwischen Bund und Privaten. — Différends de droit civil entre la Confédération et des particuliers.

127. Urteil vom 1. April 1897 in Sachen Walther gegen Schweiz. Eidgenossenschaft.

A. Johann Walther war seit dem Jahre 1890 bei der durch die Eidgenossenschaft betriebenen eidgenössischen Waffenfabrik in Bern als Handlanger angestellt. Er hatte in dieser Stellung von Zeit zu Zeit die oberhalb des Dampfkessels, ungefähr 2 Meter über dem Boden liegenden sog. Vorwärmer, zwei etwa 6 Meter

lange Röhren mit einer lichten Weite von circa 40 Centimeter zu reinigen. Um in dieselben hineinzugelangen, benutzte er jeweilen einen zusammenklappbaren, etwas über einen Meter hohen Steg, dessen einer Schenkel unmittelbar an den Ofen, sei es auf eine dort in den Boden eingelassene eiserne Stange, sei es auf ein eigens hergelegtes hölzernes Brett zu stehen kam. Er mußte dann von einem der obersten Tritte des Steges aus mit dem Oberkörper in die Vorwärmer hineinkriechen und nach Beendigung der Arbeit mit den Füßen wieder den Steg zu gewinnen suchen. Gleichzeitig mit den Vorwärmern wurde meistens auch die unten am Ofen befindliche Feuerung gereinigt, deren Eingang in einer von Röhren durchzogenen, etwa 1/2 Meter tiefen Öffnung angebracht ist. Letztere ist gewöhnlich mit einem eisernen Deckel zugedeckt; bei der Reinigung der Feuerung muß dieser aber jeweilen entfernt werden. Als am 5. November 1893 eine solche periodische Reinigung der Vorwärmer und der Feuerung vorgenommen wurde, erlitt Walther einen Unfall, indem er beim Hinauskriechen aus der einen Röhre, sei es, daß er mit dem Fuße den Steg verfehlte, sei es daß dieser rutschte, mit demselben in die Vertiefung hinunterstürzte, wobei er verschiedene Verletzungen, namentlich eine Infraktion des rechten Schienbeins erlitt. Er war infolgedessen etwa 4 Wochen bettlägerig und konnte erst am 10. Januar 1894 wieder leichtere Arbeit verrichten. Während der Zeit befand er sich in ärztlicher Behandlung des Dr. Koller, der außer dem Unterschenkelbruch auch eine Kontusion des rechten Kniegelenks konstatierte. Am 1. Mai setzte Walther die Arbeit neuerdings aus und begab sich für 4 Wochen in das Zieglerspital; die Zeugnisse des Anstaltsarztes lauten auf chronischen Rheumatismus infolge alter Verletzung. Nachdem dann wieder ein Versuch zur Aufnahme der Arbeit gemacht worden war, blieb Walther am 14. Juni zum dritten mal aus, nachdem ihm am 13. Dr. Koller ein Zeugnis mit der Diagnose „chronischer Rheumatismus der rechten Hüfte und des rechten Beins" ausgestellt hatte. Vom 26. Juli an wurde wieder gearbeitet. Nach einem Zeugnisse des Dr. Ost vom 28. August trat jedoch infolge langen Stehens bei der Arbeit eine Verschlimmerung am rechten Knöchel ein, weshalb dem Walther vorwiegend sitzende Arbeit angeraten wurde. Am 12. November gab Professor

Girard auf Ansuchen der eidgenössischen Waffenfabrik über den Fall ein einläßliches Gutachten ab, das zum Schlusse kam, der Knöchelbruch habe eine Invalidität von 10 % zur Folge; bei der Untersuchung hatte Walther auch über Schmerzen in der rechten Hüfte geklagt, wofür aber keine objektiven Symptome gefunden werden konnten. Ein vom Patienten selbst eingeholtes Zeugnis des Dr. Collon vom 13. Oktober 1894 taxiert die Invalidität für den Knöchelbruch auf $^1/_4$ bis $^1/_5$. Vom 22. Dezember an setzte Walther die Arbeit wieder aus, nachdem er am 21. beim Heben eines Kübels mit Wasser und Gewehrbestandteilen plötzlich von einem heftigen Schmerz in Kreuz und rechter Hüfte befallen worden sein will. In der That konstatierte Dr. Koller am 22. Dezember lumbago traumatica. Bevor Walther die Arbeit wieder aufnehmen konnte, erhielt er am 19. Januar 1895 die Kündigung auf 14 Tage, mit der Erklärung, daß auf seine Dienste während der Kündigungsfrist verzichtet werde. Im Februar und März mußte wieder ärztliche Hilfe des Dr. Koller in Anspruch genommen werden. Ein Zeugnis von Dr. Vogt vom 7. März 1895 kommt zum Schlusse, daß infolge der Veränderungen am rechten Knöchel und der Schmerzen in der Kreuzgegend die Erwerbsfähigkeit des Walther um gut $^2/_3$ vermindert, daß aber eine Besserung nicht ausgeschlossen sei. Eine Untersuchung vom 26. August 1895 bestätigte den Befund vom 7. März und es erklärte deshalb Dr. Vogt den Zustand für bleibend. Walther hatte inzwischen mehrere Wochen, nämlich vom 17. April bis 20. Mai 1895, im Zieglerspital zugebracht. Das Zeugnis des Anstaltsarztes vom 22. Mai 1895 lautet: „Ischias nach traum. Lumbago entstanden, nur für leichtere Arbeit fähig.“ Auch seither hat der Verletzte seine frühere Gesundheit nicht wieder erlangt.

2. Während der Zeit, da Walther von der Arbeit ausblieb, wurde ihm von der Waffenfabrik gleichwohl der Lohn ausbezahlt. Nach der Kündigung wandte sich im Auftrage des Joh. Walther der bernische Arbeitersekretär, Dr. Wassilieff, mit Brief vom 21. Januar 1895 an die Direktion der eidg. Waffenfabrik; er erhob darin für die Unfälle vom 5. November 1893 und 21. Dezember 1894 einen Entschädigungsanspruch von 1500—2000 Fr. Schon im Kündigungsschreiben vom 19. Januar hatte sich die

Direktion der Waffenfabrik über die Ansprüche des Walther dahin vernehmen lassen, daß sie den Unfall vom 21. Dezember 1894 nicht anerkenne, dagegen betreffend den Unfall vom 5. November 1893 in Bestätigung mündlicher Mitteilungen zu einem Vergleiche bereit sei und die mündlichen oder schriftlichen Entschließungen des Geschädigten innert 8 Tagen erwarte. Sowohl dem Walther als seinem Mandatar wurde sodann am 28. Januar von der Direktion der Waffenfabrik geschrieben, daß auf der Kündigung beharrt, daß aber ersterem für den Unfall vom November 1893 eine den Umständen angemessene Unterstützung zur Verfügung gestellt werde für die Zeit vom 5. Februar bis 31. März 1895 in der Weise, daß demselben für diese Zeit der Taglohn für die Arbeitszeit ausbezahlt würde. Im Schreiben an Dr. Wassilieff wurde beigefügt, daß diese Unterstützung auf Rechnung einer eventuellen Entschädigung geleistet werde und in Bezug auf letztere bemerkt: Es war uns bis jetzt nicht möglich, uns mit Walther zu verständigen und sind wir nunmehr zur Überzeugung gekommen, daß es für beide Teile am besten sein wird, wenn diese Differenzen sofort zur Entscheidung dem zuständigen Richter überwiesen werden, wie dies Art. 9 des Reglements über die Arbeit in den Fabriken vorsieht. Gestützt auf Eingaben des Dr. Wassilieff und des Advokaturbureaus Aebi und Hänni, dem Walther die Vertretung seiner Interessen in dieser Angelegenheit übertragen hatte, ordnete dann der Bundesrat an, daß demselben auf Rechnung einer allfälligen Unfallentschädigung eine monatliche Unterstützung von 60 Fr. vom 1. April 1895 auszurichten sei. Hievon wurde dem Walther sowohl von dem Militärdepartement als von der Waffenfabrik in ungefähr gleichlautenden Schreiben vom Juli 1895 Kenntnis gegeben. Gleichzeitig wurde die bereits am 15. Mai an Walther gerichtete Aufforderung, baldigst seine Ansprüche gerichtlich geltend zu machen, wiederholt. Seither scheint Walther fortwährend die ihm bewilligte Unterstützung bezogen zu haben.

C. Am 5. April 1895 fand auf Ansuchen des Joh. Walther vor dem Friedensrichter von Bern ein Aussöhnungsversuch zwischen ihm und der eidg. Waffenfabrik über die Begehren statt, es sei die Schweiz. Eidgenossenschaft schuldig und zu verurteilen, dem Kläger betreffs der ökonomischen Folgen des ihm in ihrem Dienst

zugestoßenen Betriebsunfalls angemessenen Schadenersatz zu leisten, und am 10. April wurde gemäß Vereinbarung der Parteien vor der nämlichen Amtsstelle eine Vermittlung abgehalten. Eine Verständigung kam jedoch nicht zu stande und es wurde deshalb dem Kläger das Recht geöffnet.

D. Am 16. November 1895 nun reichte Joh. Walther gegen die Schweiz. Eidgenossenschaft beim Bundesgerichte Klage ein mit dem Rechtsbegehren, die Beklagte, als Unternehmerin der eidgenössischen Waffenfabrik in Bern, sei schuldig und zu verurteilen, dem Kläger angemessenen Schadenersatz zu leisten, unter Kostenfolge. Kläger habe im Dienste der Beklagten, wird ausgeführt, zwei Unfälle erlitten, am 5. November 1893 und am 21. Dezember 1894; der erste habe in dem Sturze mit dem Stege beim Putzen der Vorwärmer, durch den er am rechten Fuße sowie in der rechten Kreuz- und Hüftgegend verletzt worden sei, der zweite darin bestanden, daß er, Kläger, beim Tragen eines Kübels mit Wasser, wohl deswegen, weil er noch nicht vollständig geheilt gewesen sei, plötzlich so heftige Schmerzen in Kreuz-, Rücken- und Lendengegend verspürt habe, daß er den Kübel fallen gelassen habe und zusammengebrochen sei. Für beide Unfälle sei die Beklagte haftpflichtig; für den ersten habe sie ihre Haftpflicht wiederholt ausdrücklich und durch konkludente Handlungen, wie Abschlagszahlungen auf Rechnung der gerichtlich zu bestimmenden Schadenersatzsumme, Zahlung von Unfalllöhnen während der Heilungsperiode, sowohl vor als nach dem 4. November 1894, sowie auch im Laufe des Jahres 1895 anerkannt. Infolge der Unfälle sei die Leistungsfähigkeit des Klägers dauernd um 40 % vermindert, und es habe Beklagte den daherigen Ausfall, der auf über 3000 Fr. beziffert wird, zu ersetzen.

Die Beklagte erhob in ihrer Antwort gegenüber dem Anspruch aus dem ersten Unfalle zunächst die Einrede der Verjährung, da seit dem Unfalle bis zur Anbringung der Klage mehr als ein Jahr verflossen und da der Aussöhnungs- und Vermittlungsversuch im vorliegenden Falle nach dem Bundesgesetze vom 22. November 1850 nicht erforderlich gewesen sei und auch die Verjährung nicht habe unterbrechen können. Ferner wurde geltend gemacht, der Unfall sei auf ein Selbstverschulden des Klägers zurückzufüh-

ren, indem dieser den Sturz hätte vermeiden können. Speziell wird bestritten, daß Walther bei seinem Unfalle vom 5. November 1893 die rechte Hüft- und Kreuzgegend verletzt habe und daß seitens der Beklagten eine Anerkennung der Haftpflicht stattgefunden habe: Da zum erstenmale eine Entschädigungsforderung im Briefe des Dr. Wassilieff vom 21. Januar 1895 erhoben worden sei, habe die Beklagte keinen Anlaß gehabt, vorher die Haftpflicht anzuerkennen, und die dem Kläger später ausgerichteten Beträge seien ausdrücklich als Unterstützungen geleistet worden in dem Sinne, daß wenn gerichtlich der Anspruch des Klägers geschützt würde, dieselben von der Entschädigungssumme in Abzug zu kommen hätten. Der nämliche Charakter komme auch den Lohnzahlungen zu, die die Beklagte dem Kläger für die Zeit, da er nicht arbeiten konnte, in den Jahren 1893 und 1894 geleistet habe. Was den zweiten Unfall betrifft, so behauptet die Beklagte, daß man es gar nicht mit einem solchen zu thun habe; es handle sich höchstens um einen sog. Hexenschuß, wofür schon das geringe Gewicht des Wasserbehälters, sowie der Umstand spreche, daß Kläger keinerlei äußere Verletzungen erlitten habe. Eventuell wird bestritten, daß der jetzige Zustand des Klägers, der sein Übel zudem stets übertrieben habe, die Folge der beiden Unfälle sei und behauptet, derselbe sei für dieselben schon hinlänglich entschädigt und deshalb abzuweisen.

In der Replik bemerkt der Kläger zu der Verjährungsfrage, es sei Voraussetzung der Klageverjährung, daß die Unfallanzeige (und zwar Formular B) zuständigen Orts eingereicht worden und daß seit der Einreichung mehr als drei Monate verstrichen seien; diese Behauptungen habe die Beklagte gar nicht aufgestellt und es schwebe ihre Verjährungseinrede daher in der Luft; namentlich aber werde neuerdings betont, daß die Haftpflicht durch die geleisteten Zahlungen anerkannt und damit die Verjährung unterbrochen worden sei, und ferner den Anbringen der Beklagten betreffend die Bedeutung des Sühne- und Vermittlungsversuchs gegenüber bemerkt, daß der Kläger von jenem Zeitpunkte an innert Jahresfrist vor den bernischen Gerichten hätte klagen können, und daß das Bundesgericht erst dadurch zuständig geworden sei, daß man die Forderung auf über 3000 Fr. beziffert habe. Auch die Ein-

rede des Selbstverschuldens und die übrigen Verteidigungsanbringen werden bestritten.

In der Duplik wird gegenüber dem Einwand, daß die Verjährungseinrede in der Luft hänge, weil nicht behauptet sei, daß die Unfallanzeige eingereicht und daß seither mehr als drei Monate verflossen seien, angebracht: Nach Zeerleder, die schweizerische Haftpflichtgesetzgebung, S. 136, gelten die vom Kläger angeführten Bestimmungen nur für die unter das erweiterte Haftpflichtgesetz fallenden Gewerbe und Unternehmungen, also nicht für die dem Bundesgesetz vom 25. Brachmonat 1881 unterstellte eidgenössische Waffenfabrik. Zudem hätte der Kläger gegenüber der Verjährungseinrede behaupten und beweisen sollen, daß ein Fall verspäteter oder nicht erfolgter Anzeige nach Art. 8 des Bundesgesetzes vom 26. April 1887 vorliege. Eine solche Behauptung sei aber gar nicht aufgestellt worden. Sie wäre auch nicht richtig gewesen; denn es habe der damalige Direktor der eidg. Waffenfabrik die Anzeige des Unfalls vom 5. November 1893 am 21. gl. Monats nach Formular A — Formular B komme nicht in Frage — erstattet.

E. Die Beweisführung hat, was gerade den letztern Punkt betrifft, die Behauptung der Beklagten erwahrt. Aus derselben ist im übrigen herauszuheben das Resultat der medizinischen Expertise, die im Einverständnis der Parteien dem Professor Dr. Niehans in Bern übertragen worden ist. Diese geht dahin, es seien bei Walther zwei Affektionen auseinander zu halten: 1. Der Bruch des rechten innern Knöchels, der durch den am 5. November 1893 gethanen Sturz verursacht worden sei und eine dauernde Invalidität von 10 % zur Folge habe; 2. Die Erkrankung der rechten Hüfte resp. des Kreuz-Darmbeingelenkes, die Neigung zur Abheilung zeige, aber einstweilen noch bestehe und eine erhebliche Störung der Arbeitsfähigkeit bedinge. „Es erhebt sich nun", fährt der Bericht fort, „die Frage, ob dieses Leiden ebenfalls als Folge des Unfalls vom 5. November 1893 aufzufassen sei oder nicht. Wir müssen hier gleich bemerken, daß der sog. zweite Unfall vom 21. Dezember 1894 nicht als Unfall, sondern als Krankheitserscheinung aufzufassen ist, als eine sog. Lumbago, sog. Hexenschuß, als Symptom einer schon vorhandenen

Erkrankung jener Körpergegend." Nach Zusammenstellung des bezüglichen Materials kommt dann der Experte zum Schlusse, er stehe nicht an, sich dahin auszusprechen, daß die fragliche Erkrankung eine direkte Folge des ersten Unfalls vom 5. November 1893 sei; daß sie erst so spät in Erscheinung getreten, habe bei Berücksichtigung der obwaltenden Umstände nichts befremdendes, was dann noch näher begründet wird. Diese Auffassung kommt denn auch in den Antworten des Experten auf die einzelnen Fragen der Parteien zum Ausdruck. Hievon ist hervorzuheben die Antwort auf Frage 5 des Klägers, ob das Vorkommnis vom 21. Dezember 1894 nicht auf ein Trauma zurückzuführen sei, welches in den Nachwirkungen des ersten Unfalls und der darauf folgenden angestrengten Berufsthätigkeit seine Erklärung finde: „Dieses Vorkommnis ist unserer Erfahrung nach durch eine schon damals bestandene Kreuz-Hüftbeingelenkerkrankung zu erklären, deren Ursprung wir auf den Unfall vom 5. November 1893 zurückzuführen geneigt sind", sowie die Antworten auf die Fragen B 2 und 7 der Beklagten, ob es sich vorliegend bei dem Vorkommnis vom 21. Dezember 1894 nicht höchstens um einen Hexenschuß, eine rheumatisch aufgetretene Lumbago gehandelt habe und ob dies nicht eine Krankheitserscheinung und nicht ein Unfall sei, die lauten: „Ja, um einen sog. Hexenschuß, aber nicht rheumatischer Natur, sondern durch momentane Verschiebung der Gelenkfläche des Kreuz-Darmbeingelenkes höchst wahrscheinlich bedingt", und: „Ja, eine Krankheitserscheinung, nicht ein Unfall". Es bestehe, schließt das Gutachten, zur Zeit noch eine beträchtliche Verminderung der Arbeitsfähigkeit, weniger infolge der Störung am Fuß, als vielmehr infolge der Hüfterkrankung; der daherige Ausfall habe während der Beobachtungszeit zwischen $^1/_3$ und $^1/_2$ geschwankt.

F. In heutiger Verhandlung wiederholen die Parteianwälte die schriftlich gestellten Begehren.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Kläger erhebt an die Beklagte zwei Entschädigungsansprüche, den einen aus dem Unfall, der ihm am 5. November 1893 zugestoßen ist, den andern aus dem Vorkommnis vom 21. Dezember 1894. Was nun zunächst den zweiten dieser An-

sprüche betrifft, so hat die Beklagte von Anfang an bestritten, daß man es mit einer durch den Betrieb der Fabrik herbeigeführten Verletzung im Sinne des Fabrikhaftpflichtgesetzes zu thun habe. Und in der That kann das Vorkommnis nicht als ein Unfall qualifiziert werden, für deren Folgen die Beklagte nach Mitgabe des erwähnten Gesetzes dem Kläger gegenüber ersatzpflichtig wäre. Die Gesundheitsstörung, die letzterer am 21. Dezember 1894 erlitten hat, kann nämlich nach dem medizinischen Sachverständigen nicht auf die Einwirkung einer Gewalt von außen her, der Walther bei seiner Arbeitsverrichtung ausgesetzt gewesen wäre, zurückgeführt werden, sondern es stellt sich dieselbe als eine allerdings plötzlich eintretende Verschlimmerung einer bestehenden innern Erkrankung dar. Zwar besteht zwischen dieser Erkrankung und dem Betrieb der Fabrik nach dem Experten auch ein ursächlicher Zusammenhang; allein nicht in der Weise, daß dieselbe die Folge eines damals, bei ihrem Auftreten, von außen schädigend auf den Körper des Klägers einwirkenden Einflusses gewesen wäre, sondern so, daß die Erkrankung, die dann am 21. Dezember 1894 eine akute Wendung nahm, höchst wahrscheinlich aus den Verletzungen sich entwickelt hat, die der Kläger bei dem Unfall vom 5. November 1893 erlitten hatte. Es kann somit das Ereignis vom 21. Dezember 1894 nicht als ein für sich schon einen Haftpflichtanspruch begründender Betriebsunfall angesehen werden, sondern es fällt diese Veränderung im Gesundheitszustand des Klägers lediglich als Symptom einer Gesundheitsschädigung in Betracht, die als Folge des Unfalls vom 5. November 1893 zu betrachten, die jedoch, weil sie sich nur langsam entwickelte, längere Zeit unbeachtet geblieben ist.

2. Dem aus dem ersten und einzigen Betriebsunfall hergeleiteten Anspruch des Klägers gegenüber nun erhebt die Beklagte vorab die Einrede der Verjährung. Zur Substanziierung dieser Einrede genügte die nicht bestrittene Aufstellung, daß seit der Verletzung bis zur gerichtlichen Geltendmachung des Anspruches mehr als ein Jahr verflossen sei (Art. 12 des Fabrikhaftpflichtgesetzes). Dagegen brauchte die Beklagte nicht auch weiter noch zu behaupten und zu beweisen, daß sie ihrer Pflicht zur Erstattung der Unfallanzeige nachgekommen und daß seit diesem Zeitpunkte mehr

als drei Monate verflossen seien. Zwar nicht deshalb, weil die Bestimmung in Art. 8 des erwähnten Haftpflichtgesetzes vom 26. April 1887, wonach bei verspäteter Anzeige die Verjährungsfrist erst drei Monate nach Einreichung der Anzeige abläuft, für Ansprüche aus dem frühern Haftpflichtgesetze vom 25. Brachmonat 1881 nicht gelten würde. Denn es ist diese Ansicht, die allerdings von Zeerleder, die schweiz. Haftpflichtgesetzgebung (S. 136) vertreten wird, in die bundesgerichtliche Praxis nicht übergegangen; vielmehr ist dieselbe in dem Urteile i. S. Wolff gegen Bucher und Durrer (Amtl. Samml., Bd. XVII, S. 751, Erw. 3) ausdrücklich verworfen worden, und hieran ist auch heute festzuhalten. Sondern deshalb, weil die Behauptungs- und Beweislast dafür, daß die Verjährungsfrist wegen Säumnis in der Erstattung der Unfallsanzeige nach Art. 8 des erweiterten Haftpflichtgesetzes erst später, als ein Jahr nach der Verletzung, abgelaufen sei, dem Kläger obliegt. An diesem ist es, einer vom Beklagten erhobenen Verjährungseinrede gegenüber replicando diejenigen Einwendungen zu erheben, mittels deren geltend gemacht werden will, daß besondere Umstände den Ablauf der ordentlichen Verjährungsfrist gehemmt haben. Es kann also nicht gesagt werden, daß die Beklagte ihre Verjährungseinrede ungenügend substanziiert habe, wohl aber liegt auf Seite des Klägers ein derartiger Mangel hinsichtlich der aus Art. 8 des erweiterten Haftpflichtgesetzes hergeleiteten Einwendung vor, indem derselbe nicht einmal behauptet, daß die Unfallanzeige derart verspätet erstattet worden sei, daß dadurch der Ablauf der Verjährungsfrist hinausgeschoben worden wäre. Der Einwand wäre übrigens auch thatsächlich unbegründet: Zunächst ist diesbezüglich festzustellen, daß unter der Unfallanzeige im Sinne des Art. 8 des erweiterten Haftpflichtgesetzes das Formular A derselben zu verstehen ist, da dieses die eigentliche amtliche Mitteilung des Unfalls enthält, während das Formular B dazu dient, die gesundheitlichen und ökonomischen Folgen des Unfalls, sowie die Art der Erledigung des Haftpflichtanspruchs den zuständigen Behörden zur Kenntnis zu bringen, Thatsachen, die alle in der Regel erst einige Zeit nach dem Unfalle selbst eintreten oder festgestellt werden können. Und nun ist die eigentliche Unfallanzeige auf Formular A, die zu den Akten gebracht wurde, bereits am

23. November 1893, d. h. so rechtzeitig eingereicht worden, daß von einer Erstreckung der Verjährungsfrist gemäß Art. 8 in fine des erweiterten Haftpflichtgesetzes nicht die Rede sein kann.

3. Der Kläger wendet der Einrede der Verjährung gegenüber weiter ein, daß letztere unterbrochen worden sei, und zwar macht er geltend, es habe eine solche Unterbrechung durch Anerkennung und durch den Aussöhnungs- und Vermittlungsversuch vor dem Friedensrichter von Bern stattgefunden. Rechtlich sind beide Einwendungen statthaft. Denn es gelten für die Unterbrechung der Verjährung der Ansprüche aus dem Fabrikhaftpflichtgesetze, wie das Bundesgericht schon mehrfach ausgesprochen hat, (vergl. z. B. Amtl. Samml., Bd. XIX, S. 422) die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechtes, speziell also Art. 154, der als Unterbrechungsgründe die Anerkennung des Anspruchs und die Anhebung der Betreibung durch Klage, der die Ladung zu einem amtlichen Sühneversuch gleichgestellt ist, angibt. Thatsächlich ist nun aber während der Verjährungsfrist der Anspruch weder anerkannt noch im Sinne von Art. 154, Ziffer 2 O.-R. gerichtlich geltend gemacht worden. Was vorab den letztern Punkt betrifft, so haben der amtliche Sühne- und der Vermittlungsversuch erst am 5. und 10. April 1894, d. h. nach Ablauf der einjährigen Verjährungsfrist stattgefunden, und es braucht deshalb auch die Frage nicht geprüft zu werden, ob im Hinblick darauf, daß die eigentliche Klage in einem Verfahren erhoben wurde, das einen amtlichen Aussöhnungsversuch nicht kennt, jenen Vorgängen die Wirkung von die Verjährung unterbrechenden Thatsachen wirklich zukomme. Unter Anerkennung im Sinne von Art. 154, Ziffer 1 O.-R. sodann muß zweifellos eine Handlung oder ein Verhalten des Beklagten verstanden werden, woraus sich ergiebt, daß derselbe eine Schuldverpflichtung als bestehend annimmt. Es genügt nicht, daß aus gewissen Erklärungen oder andern positiven oder negativen Willensäußerungen des Beklagten gefolgert werden kann, daß er die Thatsachen, aus denen der Anspruch hergeleitet wird, zugestehe, sondern es muß sich daraus ferner ergeben, daß sich derselbe auch wirklich als rechtlich verpflichtet betrachtet. Nur einer, in einem solchen Verhältnis zum fraglichen Anspruch stehenden, rechtsgeschäftlichen Anerkennung kann die Wirkung eines die Ver-

jährung unterbrechenden Vorganges beigemessen werden. Davon nun aber, daß in dieser Weise die Beklagte den Anspruch des Klägers auch nur grundsätzlich anerkannt habe, kann vorliegend nicht gesprochen werden. Allerdings hat dieselbe während mehr als einem Jahre nach dem Unfall dem Kläger auch für die Tage, da er von der Arbeit wegblieb, den Lohn ausbezahlt. Dafür jedoch, daß dies deshalb geschehen sei, weil sie sich zur Leistung einer Entschädigung für rechtlich verpflichtet gehalten hätte, liegen keinerlei Anhaltspunkte vor. Und die Thatsache der Zahlung allein genügt für eine solche Annahme nicht. Denn dieselbe kann ebensowohl in der Absicht, eine moralische Pflicht zu erfüllen, oder in dem Mitleid mit dem Verunglückten seinen Grund haben. Würde aus der Thatsache solcher Zuwendungen geschlossen, daß der Betriebsunternehmer damit seine Haftpflicht anerkannt habe, so wäre die Folge die, daß überall da, wo derselbe seine Schuldpflicht bestreiten zu können glaubt, derjenige, der in erster Linie in der Lage ist, zu helfen, seine Hilfe versagen würde, und daß deshalb oft gerade den dringlichsten Bedürfnissen des Verletzten nicht begegnet werden könnte. Es liegt daher im Interesse der Arbeiter selbst, daß aus der Thatsache der Auszahlung des Lohnes nach dem Unfall allein eine Anerkennung der Schuldpflicht seitens des Unternehmers nicht gefolgert werde.

Es sind auch dem Kläger in dem auf den Unfall folgenden Jahre nicht etwa außer den Lohnbeträgen noch andere Zahlungen geleistet worden, die als auf Rechnung einer Unfallentschädigung ausgerichtet betrachtet werden könnten. Und die monatlichen Raten von 60 Franken, die ihm vom 1. August 1895 an zugehalten worden sind, wurden ausdrücklich stets als Unterstützungen bezeichnet, die auf Rechnung einer eventuellen oder allfälligen Entschädigung geleistet wurden, was offenbar dahin zu verstehen ist, daß dieselben für den Fall, daß der Entschädigungsanspruch des Klägers anerkannt werde, von der ihm zuerkannten Entschädigungssumme in Abzug zu bringen seien. Unter allen Umständen könnte eine Anerkennung der Haftpflicht nur bis auf den Betrag der wirklich geleisteten Summe angenommen werden; denn eine Verpflichtung zu weitern Leistungen wurde dadurch jedenfalls abgelehnt, daß der Kläger aufgefordert wurde, seine Ansprüche gericht-

lich einzuklagen (vergl. Amtl. Samml., Bd. XVII, S. 747). Eine solche Anerkennung konnte aber doch nicht genügen, um die Verjährungsfrist des Art. 12, F.-H.-G. zu unterbrechen. Diese Bestimmung beruht zweifellos auf dem Gedanken, daß Haftpflichtansprüche, um den Unternehmer nicht zu zwingen, in ihrer Höhe noch unbestimmte Forderungen in seine Geschäftsbilanz einzusetzen, möglichst bald liquidiert werden, und damit wäre die Annahme, daß die Verjährungsfrist durch die bloße Leistung von Zahlungen in kleinern Beträgen auch für eine größere Summe infolge Anerkennung unterbrochen werde, nicht vereinbar. Es erweist sich somit auch diese Einwendung gegen die Verjährungseinrede der Beklagten als unhaltbar und es erscheint somit letztere als begründet.

4. Hieran vermag der Umstand nichts zu ändern, daß die Folgen des Unfalls zum Teil erst später zu Tage getreten sind. Der Wortlaut des Art. 12 des Fabrikhaftpflichtgesetzes läßt, besonders wenn er in Vergleichung gesetzt wird mit Art. 69 O.-R., die Auslegung nicht zu, daß die Verjährungsfrist erst dann zu laufen beginne, wenn alle Schadensfaktoren für den Geschädigten erkennbar geworden sind. Es darf also dieser mit der Erhebung seines Anspruchs nicht zuwarten, bis alle Folgen des Unfalls klar vorliegen, wie zur Evidenz aus Art. 8 des Gesetzes hervorgeht, wo dieser Fall vorgesehen und dafür die spezielle Vorschrift aufgestellt ist, daß im Urteil, wenn die Folgen des Unfalls bei der Ausfällung noch nicht genügend klar vorliegen, die Erhöhung der Entschädigung vorbehalten werden kann.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Klage wird abgewiesen.

D. Entscheidungen der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer.

Arrêts de la Chambre des poursuites et des faillites.

128. Entscheid vom 6. April 1897 in Sachen Heer-Stapfer.

I. Auf Ansuchen des Jacques Heer-Stapfer erließ die Arrestbehörde Basel am 6. Januar 1897 gegen Henri Stüssi-Trümpi in Genf für eine auf einen Verlustschein sich stützende Forderung von 18,985 Fr. 80 Cts. einen Arrestbefehl, worin als Arrestgegenstände die auf 1. Januar 1897 fälligen Renten ab den Policen Nr. 372, 401, 372, 402 und 372, 403 der „Equitable" bezeichnet waren, und am gleichen Tage wurde der Arrest auf diese Gegenstände durch das Betreibungsamt Basel vollzogen. Namens der Eheleute Stüssi-Trümpi beschwerte sich Dr. Hans Albrecht in Basel mit Eingabe vom 18. Januar 1897 gegen die ihm am 8. mitgeteilte Arrestnahme. Erstlich gehe der Arrestbefehl von einer unzuständigen Behörde aus: derselbe könne nur an dem Orte ausgestellt werden, wo die zu verarrestierenden Vermögensstücke sich befinden und als solcher sei Genf, wo die Gläubiger wohnten, zu betrachten; jedenfalls hätte hier der Arrest vollzogen werden sollen. Weiter aber seien die fraglichen Renten den Ehegatten Stüssi-Trümpi von der Mutter des Ehemannes als unpfändbar bestellt worden, wofür auf die Kopie eines Briefes der Frau

Adele Blumer vom 1. Oktober 1887 an den Vertreter der „Equitable" und auf die Abschrift einer entsprechenden Stelle im Policeregister der Gesellschaft verwiesen wurde; demnach seien die Renten nach Art. 92, Ziffer 7 des Betreibungsgesetzes unpfändbar. Eventuell sei der Arrest wenigstens insofern aufzuheben, als die Renten der Frau Stüssi-Trümpi bestellt worden seien und eventualissime müßte den Beschwerdeführern doch ein bestimmter Betrag als Kompetenz belassen werden.

II. Mit Entscheid vom 30. Januar 1897 hob die Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs des Kantons Baselstadt den Arrest auf, im wesentlichen aus folgenden Gründen: Ob die Voraussetzungen zur Bewilligung des Arrestes vorhanden seien, habe das Betreibungsamt, als die nur mit dem Vollzug des Arrestes betraute Behörde, nicht zu untersuchen, wohl aber stehe ihm ein Prüfungsrecht dahin zu, ob der Arrestgegenstand im Sinne von Art. 92 des Betreibungsgesetzes pfändbar und damit arrestierbar sei oder nicht. Nun gehe aus den von den Beschwerdeführern selbst eingelegten Belegen in Verbindung mit der Thatsache, daß Stüssi im Jahre 1886 in Konkurs gefallen sei, hervor, daß die verarrestierten Renten den Eheleuten Stüssi-Trümpi unentgeltlich bestellt und daß dieselben durch die Bestellerin vom Zugriff der Gläubiger gemäß Art. 521 des Obligationenrechtes ausgeschlossen worden seien, so daß dieselben in der That nicht mit Beschlag hätten belegt werden dürfen.

III. Nachdem von diesem Entscheid dem Gläubiger Kenntnis gegeben worden war, reichte namens desselben Advokat Dr. Stöcklin in Basel rechtzeitig Rekurs beim Bundesgericht ein. Nach einer Bemerkung darüber, daß von der Beschwerde dem Rekurrenten keine Kenntnis gegeben worden sei, bringt derselbe an: Gemäß Art. 279 des Betreibungsgesetzes sei gegen einen Arrestbefehl weder Berufung noch Beschwerde zulässig. Nun bilde laut Art. 274 der Arrestgegenstand einen Bestandteil des Arrestbefehles und seien auch vorliegend die fraglichen Renten als Arrestobjekte angegeben gewesen. Eine Prüfung, ob diese pfänd- und arrestierbar seien, sei unter solchen Umständen dem Betreibungsbeamten nicht zugestanden. Eventuell aber werde darauf hingewiesen, daß die Aufsichtsbehörde von Basel mit Unrecht die mit Arrest belegten

Renten als unpfändbar bezeichnet habe. Die von den Beschwerdeführern angerufenen Beweismittel seien keineswegs genügend: Die Unpfändbarkeit müsse in dem Rentenbestellungsakt selbst enthalten sein; ferner sei es nicht ausgeschlossen, daß der Brief der Frau Blumer vom 1. Oktober 1887 unächt, d. h. vordatiert sei; vor allem aber sei nicht festgestellt, daß Frau Blumer wirklich Bestellerin der Renten sei. In dem Bestellungsakt komme ihr Name nicht vor; vielmehr habe danach Heinrich Stüssi die Renten zu seinen Gunsten bestellt, wie denn auch der Brief, den Frau Blumer an den Agenten der „Equitable" geschrieben haben soll, mit den Worten beginne: „Sie empfangen von meinem Sohn 50,000 Fr. u. s. w." Die Aufsichtsbehörde von Baselstadt bemerkt in ihrer Vernehmlassung bezüglich des ersten Beschwerdepunktes, es finde nach dortiger Praxis eine Mitteilung der Beschwerde an die Gegenpartei nur statt, wenn der Sachverhalt auf Grund der Akten noch nicht klar festgestellt sei, was hier nicht zugetroffen sei. Der Vertreter der Rekursgegner, Dr. Albrecht, seinerseits tritt den sachlichen Ausführungen des Rekurrenten durchwegs entgegen und beruft sich in Bezug auf die Unpfändbarkeit der fraglichen Renten auf das Original des Briefes der Frau Blumer vom 1. Oktober 1887, das er zu den Akten legt.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht

in Erwägung:

1. Die Mitteilung einer Beschwerde an die Gegenpartei ist im Betreibungsgesetz nicht vorgesehen. Es kann daher vom Standpunkte des Bundesrechts aus nichts dagegen eingewendet werden, wenn die kantonale Aufsichtsbehörde in Fällen, wo der Sachverhalt liquid ist, eine solche Mitteilung unterläßt.

2. Das Gesetz unterscheidet zwischen der Bewilligung und dem Vollzug des Arrestes, und es sind denn auch für die Besorgung der beiden Funktionen verschiedene Behörden vorgesehen (vergl. Art. 274, Absatz 1 des Betreibungsgesetzes). Allerdings sind nun die mit dem Vollzug des Arrestes betrauten Organe an den Arrestbefehl insofern gebunden, als sie die Voraussetzungen für die Bewilligung desselben nicht zu überprüfen haben. Aber anderseits haben sie bei der ihnen zufallenden Aufgabe die Vorschriften der

Art. 91 bis 109 des Betreibungsgesetzes zu beobachten, und sich somit auch an die in Art. 92 enthaltenen Vorschriften über Unpfändbarkeit zu halten. Die Kognition hierüber muß den Vollzugsorganen schon deshalb vorbehalten werden, weil die Arrestbehörden gar nicht in der Lage sind, eine Prüfung der maßgebenden thatsächlichen Verhältnisse eintreten zu lassen. Die Vorschrift in Art. 274, Absatz 2, Ziffer 4, daß der Arrestbefehl die Angabe der mit Arrest zu belegenden Gegenstände enthalten solle, kann somit nicht die Bedeutung haben, daß die im Arrestbefehl bezeichneten Gegenstände nun auch mit Beschlag belegt werden müssen und daß eine Prüfung der Frage der Pfändbarkeit nicht mehr stattfinden könne. Sondern es kommt jener Vorschrift nur der Charakter einer den Inhalt des Arrestbefehls betreffenden Ordnungsvorschrift zu, und es bleibt die Frage, ob die betreffenden Gegenstände pfänd- und arrestierbar seien, stets der Prüfung der mit dem Arrestvollzug betrauten Organe vorbehalten. Dann trifft aber in Bezug auf diese Frage auch Art. 279, Alinea 1 des Betreibungsgesetzes nicht zu, wonach gegen den Arrestbefehl weder Berufung noch Beschwerde stattfindet. Vielmehr ist, wenn beim Vollzug des Arrestes durch die damit betrauten Organe die Vorschriften über Unpfändbarkeit verletzt werden, das gewöhnliche Rechtsmittel der Beschwerde an die Aufsichtsbehörden gegeben. Es war somit nicht gesetzwidrig, wenn die Basler Aufsichtsbehörde auf die Beschwerde der Eheleute Stüssi-Trümpi eingetreten ist.

3. Materiell sodann muß der Vorentscheid ebenfalls geschützt werden. Die Feststellung der Vorinstanz, daß die fraglichen Renten den Eheleuten Stüssi-Trümpi unentgeltlich bestellt und daß dieselben im Sinne des Art. 521 des Obligationenrechtes vom Besteller dem Zugriff der Gläubiger entzogen worden sind, wird durch das Original des Briefes der Frau Blumer vom 1. Oktober 1887, dessen Eingang lautet: „Durch meinen Sohn . . . empfan„gen Sie . . .“ und in dem zum Schluß gesagt ist: „In dem „Versicherungsvertrag muß indessen nachdrücklich erwähnt werden, „daß ich als dritte Person unentgeltlich die Leibrente bestellt habe, „die nach § 521 vom Obligationenrecht der Schweiz durch Gläu„biger nicht entzogen werden kann“, vollends bestätigt. Für eine Fälschung liegen nicht die mindesten Anhaltspunkte vor, und daß

die Unpfändbarkeit im Rentenbestellungsakt selbst erwähnt sein müsse, findet im Gesetze keinen Halt. Wo aber in so liquider Weise der Thatbestand des Art. 521 des Obligationenrechts vorliegt, kann gegen die Aufsichtsbehörde ein Vorwurf nicht erhoben werden, wenn sie in Anwendung von Art. 92, Ziffer 7 des Betreibungsgesetzes die Unpfändbarkeit der betreffenden Gegenstände ausspricht.

Aus diesen Gründen hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer

erkannt:

Der Rekurs wird abgewiesen.

---

129. Entscheid vom 12. April 1897 in Sachen Aldinger.

I. Am 2. Dezember 1890 war über die Rekurrentin, Frau Emmy Aldinger geschiedene Ravier, der Konkurs eröffnet, und vor dem 1. Januar 1892 erledigt worden. Nachher strebte der Vater derselben mit ihren Gläubigern einen Nachlaßvertrag an, nach welchem diese 10 % ihrer Forderungen gegen Saldoquittung ausbezahlt erhalten sollten. Von 16 Gläubigern erklärten sich 11 einverstanden, und gestützt hierauf stellte Rechtsagent Härtsch in St. Gallen am 9. Dezember 1896 namens der Frau Aldinger beim Bezirksgericht Gersau das Gesuch um Bewilligung eines Nachlaßvertrages. Das Bezirksgericht Gersau setzte auf den 4. Januar 1897 die Nachlaßverhandlung an, und genehmigte, da von Seite der Gläubiger keine Einsprachen erfolgten, den vorgelegten Nachlaßvertrag. Nach Ablauf der Appellationsfrist erklärte das Gericht das über Frau Aldinger ausgesprochene Falliment als folgenlos und widerrufen, und zwar gestützt auf die Übergangsbestimmungen des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs, wonach der Nachlaßvertrag auch auf frühere Fallimente anwendbar sei. Vom 20. bis 23. Januar 1897 erfolgte die Auszahlung der Gläubiger durch das Konkursamt Gersau, wobei alle Saldoquittung erteilten, mit Ausnahme der Erben Notz in Zürich

und eines weitern Gläubigers. Auf Beschwerde der Erben Notz hin erklärte das Kantonsgericht des Kantons Schwyz durch Urteil vom 23. März 1897 den Nachlaßentscheid des Bezirksgerichts Gersau vom 4. Januar 1897 als aufgehoben und folgenlos mit der Begründung, daß gemäß Art. 330, Abs. 3 des Betreibungsgesetzes Schuldner, deren Vermögen am 1. Januar 1892 einer Konkursliquidation unterworfen gewesen, ein Nachlaßbegehren nur dann einreichen können, wenn das bisherige kantonale Recht ihnen dies gestattete. Dies treffe aber für den Kanton Schwyz nicht zu, da das Recht dieses Kantons den Nachlaßvertrag nicht gekannt habe*.

II. Gegen diesen Entscheid rekurrierte Rechtsagent A. Härtsch in St. Gallen namens der Frau E. Aldinger bei der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichts, indem er Aufhebung desselben verlangte, und zur Begründung dieses Antrages ausführte: Das Kantonsgericht sei formell nicht berechtigt gewesen, auf die Beschwerde der Erben Notz einzutreten, da sich diese Beschwerde gegen ein rechtskräftiges Urteil gerichtet habe, das bereits vollzogen gewesen sei. Ferner sei Art. 307 des Betreibungsgesetzes unrichtig interpretiert. Da die Tagfahrt vor Bezirksgericht Gersau in gesetzlicher Weise publiziert worden sei, seien als Parteien nur die Schuldnerin und diejenigen Gläubiger zu betrachten gewesen, welche Einsprache erhoben haben; es ließe sich überhaupt fragen, ob nicht bloß diejenigen Gläubiger, welche schon vor erster Instanz protestiert haben, einen ihnen ungünstigen Entscheid weiterziehen können. Endlich sei zu Unrecht kantonales Recht zur Anwendung gekommen und speziell sei Art. 330, Absatz 3 des Betreibungsgesetzes nicht richtig angewendet worden. Am 1. Januar 1892 sei der Konkurs Ravier-Aldinger beendigt gewesen, Art. 330, Absatz 3 handle aber von denjenigen Vermögen, die am 1. Januar 1892 unter Konkurs oder Pfändung gewesen seien. Schuldner, deren Konkurs vorher liquidiert worden sei, haben nach Bundesrecht Anspruch auf gleiche Behandlung, wie solche, die erst nach dem 1. Januar 1892 in Konkurs geraten seien, und namentlich auch wie die Schuldner anderer Kantone.

---

* Vergl. oben, Nr. 92, S. 609.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung:

1. Da die Beschwerde sich gegen den Entscheid einer kantonalen Nachlaßbehörde in einer Nachlaßsache richtet, so kann die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichts jedenfalls nur insoweit zu deren Beurteilung kompetent sein, als die Anwendung des Art. 334 des Betreibungsgesetzes in Frage steht, das heißt als es sich darum handelt, ob die transitorischen Bestimmungen des Betreibungsgesetzes richtig angewendet worden seien, ob also das Kantonsgericht Schwyz mit Recht angenommen habe, es finde in casu nicht das eidgenössische, sondern das kantonale Recht Anwendung. Rücksichtlich aller übrigen Beschwerdepunkte ist die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichts gemäß Art. 17 und 19 des Betreibungsgesetzes offenbar nicht kompetent, da laut diesen Bestimmungen über die Beschwerdeführung die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer nur bezüglich Verfügungen der Betreibungs- oder Konkursbeamten, bezw. deren Amtsführung zulässig ist, während Gegenstand der gegenwärtigen Beschwerde nicht eine Verfügung eines Betreibungs- oder Konkursbeamten, sondern einer Nachlaßbehörde bildet.

2. Auch soweit es sich um die Anwendung von Art. 334 des Betreibungsgesetzes handelt, ist aber die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer nicht kompetent. Das Bundesgericht hat sich bereits in seinem Entscheide in Sachen Steiner vom 27. Januar 1893 (Amtl. Samml., Bd. XIX, Seite 94, Erw. 2) dahin ausgesprochen, daß sich Art. 334 cit. nur auf Handlungen beziehe, welche in die Kompetenz der Betreibungs- und Konkursämter fallen, nicht auf Streitigkeiten, deren Beurteilung den Gerichten zugewiesen ist. Einen andern Standpunkt hat dagegen allerdings, wie aus dem Archiv für Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. III, Seite 308 hervorgeht, der Bundesrat eingenommen, indem er sich zur Behandlung von Beschwerden über die Anwendung des Art. 334 stets kompetent erklärt hat, nicht nur, wenn es sich um eine in die Kompetenz der Betreibungs- und Konkursämter fallende Verfügung handelte, sondern ganz unbekümmert darum, ob die Verfügung von einem Betreibungsamt oder einem Gerichte herrührte. Allein es ist an der vom Bundesgericht in der genannten Ent-

[illegible]

werden können, wenn im übrigen, nach den allgemeinen Vorschriften des Gesetzes, weil eben der Weg gerichtlicher Klage vorgesehen ist (vergl. z. B. Art. 148 des Betreibungsgesetzes), ein Weiterzug an dieselben ausgeschlossen wäre.

Demnach hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer erkannt:

Auf die Beschwerde wird wegen Inkompetenz nicht eingetreten.

---

130. Entscheid vom 4. Mai 1897 in Sachen Lehmann.

I. Kurt Lehmann ließ den Wilhelm Göpper durch das Betreibungsamt Bern für eine Forderung von 444 Fr. 60 Cts. nebst Zins betreiben. Der Schuldner schlug Recht vor. Unter Berufung auf Art. 80 des Betreibungsgesetzes verlangte jedoch der Gläubiger beim Gerichtspräsidenten von Bern (definitive) Rechtsöffnung und es wurde ihm diese unterm 17. Dezember 1896 bewilligt. Göpper erklärte gegen diesen Entscheid die Appellation an den Appellationshof des Kantons Bern.

II. Am 22. Januar 1897 erhielt der Schuldner vom Betreibungsamt Bern für die fragliche Forderung eine Konkursandrohung. Der Vertreter des Gläubigers hatte nämlich, gestützt auf eine Bescheinigung der bernischen Obergerichtskanzlei, daß der Appellationshof unterm 20. Januar den erstinstanzlichen Rechtsöffnungsentscheid bestätigt habe, die Fortsetzung der Betreibung anbegehrt, und diesem Begehren hatte das Betreibungsamt Bern durch Erlaß einer Konkursandrohung an den Schuldner Folge gegeben. Nun beschwerte sich letzterer bei der bernischen kantonalen Aufsichtsbehörde gegen die Fortsetzung der Betreibung deshalb, weil diese nicht habe bewilligt werden dürfen, bevor der Rechtsvorschlag beseitigt worden sei, und weil ein Entscheid des Appellationshofes, wonach die Appellation des Schuldners gegen den erstinstanzlichen Rechtsöffnungsentscheid abgewiesen worden wäre, demselben nicht eröffnet worden sei. Unter Berufung auf Art. 78 ff. und 159 ff. des Betreibungsgesetzes, sowie §§ 387 ff. des berni-

schen Civilprozesses — wo die Vollstreckung rechtskräftiger Urteile normiert ist — wurde beantragt, es sei die Konkursandrohung vom 21. Januar 1897 als unstatthaft und ungesetzlich aufzuheben und dem Beschwerdeführer das Recht auf Schadenersatz vorzubehalten. Die angerufene Behörde hieß durch Entscheid vom 19. Februar 1897 die Beschwerde insofern gut, als sie die fragliche Konkursandrohung aufhob, im wesentlichen mit der Begründung, daß nach allgemeinen Grundsätzen des Prozeßrechts ein Entscheid erst Rechtskraft erlange, wenn er den Parteien eröffnet worden sei, daß deshalb auch der Gläubiger Lehmann vorliegend, gestützt auf eine bloße Bescheinigung der Obergerichtskanzlei, daß ihm Rechtsöffnung bewilligt wurde, die Fortsetzung der Betreibung nicht habe verlangen können, bevor eine mündliche oder schriftliche Eröffnung des Entscheides durch den Präsidenten des Gerichts stattgefunden habe, und daß bei Erlaß der Konkursandrohung eine solche Eröffnung noch nicht erfolgt gewesen sei. Eines Vorbehalts betreffend einen allfälligen Schadenersatzanspruch des Schuldners an den Gläubiger Lehmann oder dessen Vertreter, wurde beigefügt, bedürfe es nicht.

III. Gegen diesen Entscheid hat namens des Kurt Lehmann Fürsprech Jahn in Bern rechtzeitig den Rekurs an das Bundesgericht ergriffen. Die Vorweisung des richterlichen Entscheides, durch den Rechtsöffnung erteilt wurde, führt Rekurrent aus, müsse dem Gläubiger die Berechtigung erteilen, die Fortsetzung der Betreibung zu verlangen, und die gegenteilige Auffassung, daß die Erfüllung der Eröffnungsformalitäten abzuwarten sei, würde dem Zwecke des Rechtsöffnungsverfahrens, wie dasselbe im Betreibungsgesetze geordnet sei, widersprechen, wie denn auch nirgends vorgeschrieben sei, daß ein Gläubiger sich auf ein Rechtsöffnungserkenntnis erst berufen könne, wenn dasselbe den beiden Parteien eröffnet worden sei. Demgemäß wird beantragt, es sei der Beschwerdeführer Göpper in Abänderung des Entscheides vom 19. Februar 1897 mit den Anträgen seiner Beschwerde abzuweisen.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung:

1. Das Rechtsöffnungsverfahren, das dazu dienen soll, für Forderungen, die sich auf ein vollstreckbares gerichtliches Urteil

oder auf eine andere beweiskräftige Urkunde gründen, die Fortsetzung der Betreibung, trotz erhobenen Rechtsvorschlags, zu ermöglichen, hat in dem letzten definitiven Entwurf des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs, vom Dezember 1888, und im Gesetze eine von der frühern abweichende Gestaltung erfahren. Während nach der bundesrätlichen Vorlage vom 23. Februar 1886 und den aus den beiden ersten Beratungen der Bundesversammlung hervorgegangenen Entwürfen der Rechtsöffnungsrichter, falls die Begründetheit oder Nichtbegründetheit des klägerischen Anspruchs liquid vorlag, über letztern selbst zu urteilen hatte (siehe Art. 85 des bundesrätlichen Entwurfes vom 23. Februar 1886 und Art. 95 des Ergebnisses der zweiten Beratung), hat nach der Vorlage vom Dezember 1888 (vergl. Art. 94 bis 96) und nach den bestehenden gesetzlichen Bestimmungen das Rechtsöffnungserkenntnis stets nur den Charakter eines Vorentscheides über das Recht der Betreibung bezw. zur Fortsetzung derselben und das Urteil über den Anspruch selbst wird dabei vorbehalten (Art. 83, Abs. 2, und 86 des Betreibungsgesetzes). Mit dieser Änderung bezüglich des Gegenstandes und der Tragweite des Rechtsöffnungsprozesses hängt es zusammen, daß auch die bundesrechtlichen Vorschriften über das Rechtsöffnungs-Verfahren eine Wandlung durchgemacht haben. Während nämlich bis zu der letzten Vorlage vom Dezember 1888 bundesrechtlich lediglich vorgeschrieben war, daß der Rechtsöffnungsstreit im beschleunigten Verfahren zu erledigen sei (Art. 82, Absatz 2 und 3 des bundesrätlichen Entwurfes vom 23. Februar 1886 und Art. 91, Absatz 2 und 92 des Ergebnisses der zweiten Beratung) und daß die Kantone dieses Verfahren so zu gestalten haben, daß die Prozesse mit Einschluß des Haupturteils der letzten kantonalen Instanz binnen drei bezw. sechs Monaten erledigt sein sollen (Art. 280 des bundesrätlichen Entwurfes vom 23. Februar 1886 und Art. 304 des Ergebnisses der zweiten Beratung), findet sich in der letzten Vorlage vom Dezember 1888 (Art. 94ter) und im Gesetze (Art. 84) die kategorische Bestimmung: „Im Rechtsöffnungsverfahren entscheidet der Richter nach Einvernahme der Parteien „binnen fünf Tagen seit Anbringung des Begehrens.“ Eine solche Anordnung war nur möglich, wenn dem Rechtsöffnungsentscheid

jeder definitive Charakter genommen und ihm bloß derjenige eines vorläufigen Ausspruches über die Beseitigung des Rechtsvorschlags gegeben, wenn er also der Urteilsnatur entkleidet und zu einer bloß das Betreibungsverfahren betreffenden richterlichen Verfügung gemacht wurde. Denn naturgemäß kann in den meisten Fällen eine Prüfung des Anspruchs auf seine materielle Begründetheit innert so kurzer Frist nicht in einer Weise vorgenommen werden, daß darauf gestützt ein Urteil in der Sache selbst ausgefällt werden könnte. Sobald aber der materielle Entscheid über die bestrittene Forderung einem besondern Verfahren vorbehalten wurde, und sich der Rechtsöffnungsrichter nur mit den gesetzlichen Voraussetzungen für die Erteilung der Rechtsöffnung und den bestimmten, gegen ein solches Begehren zulässigen Einreden zu befassen hatte, durfte ohne erhebliche Bedenken verlangt werden, daß hierüber in der kurzen Frist von fünf Tagen entschieden werde. Es bot dies dann — und hierin ist der ausschlaggebende Grund für die Bestimmung des Art. 84 des Betreibungsgesetzes zu suchen — den Vorteil, daß für eine Forderung, die sich auf eine in bestimmter Weise qualifizierte Urkunde stützt, der vielleicht trölerische Rechtsvorschlag des Schuldners noch so zeitig aus dem Wege geräumt werden kann, daß es dem Gläubiger möglich ist, Anschluß an eine Pfändung zu erlangen, die ausgeführt wurde, bevor er die Betreibung eingeleitet hat, und es wurde so dem Schuldner die Möglichkeit verschlossen, den Gläubiger einer, auf einen liquiden Titel sich stützenden Forderung durch bloßen Rechtsvorschlag gegenüber andern, deren Forderungen vielleicht weniger liquid bewiesen werden können, zu benachteiligen. Daß dies die ratio des Rechtsöffnungsverfahrens, wie es in dem Gesetz Aufnahme gefunden hat, und speziell der Bestimmung in Art. 84 des Betreibungsgesetzes ist, geht mit aller Klarheit aus der dem definitiven Entwurfe vom Dezember 1888 beigegebenen Botschaft des Bundesrates vom 7. Dezember 1888 hervor, worin unter anderm gesagt ist: „Diesen Schutz (d. h. den Schutz des Gläubigers gegen böswillige, „auf den Ausschluß desselben von der Teilnahme an einer Pfändung abzielende Rechtsvorschläge) zu gewähren, ist der Zweck „des von der Kommission eingeführten summarischen Rechts„öffnungsverfahrens. Summarisch muß dieses Verfahren sein, um

„in fünf Tagen sich abwickeln zu können und dem Gläubiger zu „ermöglichen, in der dreißigtägigen Frist einer andern Pfändung „sich anzuschließen; ist es aber summarisch, d. h. sind gewisse „Beweismittel ausgeschlossen, so kann es unmöglich endgültig sein, „da sonst der Betriebene in seinem Verteidigungsrechte ungebühr„lich geschmälert wäre; dem Betriebenen muß vielmehr unbedingt „vorbehalten bleiben, die Rechtsöffnung dadurch unwirksam zu „machen, daß er seinerseits als Kläger auftritt." Nun kann selbstverständlich innert fünf Tagen über ein Rechtsöffnungsbegehren nur eine Instanz sprechen, und ein Rechtsmittelverfahren läßt sich in dieser Frist unmöglich durchführen. Es könnte sich daher fragen, ob nicht implicite durch die Bestimmungen des Art. 84 des Betreibungsgesetzes ein Instanzenzug im Rechtsöffnungsverfahren ausgeschlossen sei, wie dies das eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement auch in seinem Kreisschreiben vom 17. Februar 1891 (Bundesblatt 1891, I, 372) ausgesprochen hat. Sei dem aber wie ihm wolle, so muß jedenfalls bei der gegenwärtigen Ordnung des Verfahrens und im Hinblick namentlich auf dessen Zusammenhang mit den Bestimmungen über die Anschlußpfändung den innert fünf Tagen auszufällenden Rechtsöffnungsentscheiden insofern ein definitiver Charakter beigelegt werden, als gestützt auf dieselben die Fortsetzung der Betreibung muß verlangt werden können, ohne Rücksicht darauf, ob gegen dieselben ein Rechtsmittel ergriffen worden sei oder nicht, d. h. es kann letzteren, auch wenn sie als zulässig betrachtet werden, unmöglich Suspensiveffekt zuerkannt werden; vielmehr ist zunächst wenigstens der innert fünf Tagen auszufällende, erstinstanzliche Entscheid, mag dagegen ein Rechtsmittel ergriffen worden sein oder nicht, maßgebend für die Frage, ob der Rechtsvorschlag als beseitigt zu betrachten sei und die Betreibung trotz desselben fortgesetzt werden könne.

2. Danach kam es aber vorliegend darauf, daß der Schuldner gegen den erstinstanzlichen, die Rechtsöffnung gewährenden Entscheid die Appellation erklärt hatte, und auf das Schicksal dieser Appellation für die Frage, ob dem Begehren des Gläubigers auf Fortsetzung der Betreibung Folge zu geben sei, überhaupt nicht an. Vielmehr mußte der Betreibungsbeamte schon gestützt auf den erstinstanzlichen Entscheid, von dem in gehöriger Form Kenntnis

erhalten zu haben der Schuldner nicht bestreitet, den Rechtsvorschlag, vorläufig wenigstens, als aus dem Wege geräumt betrachten, und die Betreibung auf Begehren des Gläubigers fortgesetzt werden.

Aus diesen Gründen hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer

erkannt:

Der Rekurs wird begründet erklärt und demgemäß, unter Aufhebung des Vorentscheides, die Beschwerde des Wilhelm Göpper abgewiesen und die an letztern am 22. Januar 1897 erlassene Konkursandrohung aufrecht erhalten.

---

131. Entscheid vom 18. Mai 1897 in Sachen Würthner.

I. Würthner-Gally in Genf ließ Frau Morger-Müller in Basel für eine Forderung von 447 Fr. 65 Cts. betreiben. Der Zahlungsbefehl blieb unwidersprochen. Auf sein Fortsetzungsbegehren erhielt der Gläubiger den Bescheid, die Schuldnerin lebe mit ihrem Ehemanne in Gütergemeinschaft und könne nicht betrieben werden (§ 10 des ehelichen Güterrechtes von Baselstadt). Hierüber beschwerte sich Würthner-Gally gegen das Betreibungsamt Basel bei der kantonalen Aufsichtsbehörde, indem er in thatsächlicher Beziehung geltend machte, Frau Morger betreibe mit Zustimmung ihres Ehemannes ein Handelsgeschäft und es rühre die in Betreibung gesetzte Forderung aus Lieferung von Berufsartikeln her; in rechtlicher Beziehung wurde namentlich auf den bundesgerichtlichen Entscheid in Sachen Neuburger & Cie. verwiesen (Archiv V, Nr. 65). Die baslerische Aufsichtsbehörde wies die Beschwerde ab. In ihrem Entscheide wird ausgeführt: Es sei nicht bestritten, daß Frau Morger mit ihrem Ehemanne in Gütergemeinschaft lebe. Nach § 10 des baselstädtischen Gesetzes betreffend eheliches Güterrecht, Erbrecht und Schenkungen vom 10. März 1884 nun könne die Ehefrau während der Dauer der Gütergemeinschaft aus Verpflichtungen, für welche sie persönlich haftbar sei, wozu auch die Handelsschulden einer Handels-

frau gehörten, nicht direkt belangt, sondern es müsse dafür zuerst der Ehemann betrieben werden. Diese Bestimmung stehe mit Art. 35 des Obligationenrechtes nicht im Widerspruch. Die persönliche Haftung bedinge nicht notwendigerweise auch die Betreibbarkeit der Ehefrau. Und ebensowenig erfordere der Zweck der Bestimmung, daß man ihr eine so große Tragweite beimesse. Durch dieselbe habe lediglich dafür gesorgt werden wollen, daß die Ehefrau ihr Vermögen nicht dem Zugriff der Gläubiger, die ihr für ihren Handel oder ihr Gewerbe kreditiert haben, auf Grund ihrer Weibergutsvorrechte entziehen könne. Zur Erwirkung dieses Zweckes bedürfe es aber nicht einer Vorschrift, daß die betreffenden Gläubiger unter allen Umständen gerade aus dem Frauenvermögen gedeckt werden müssen; vielmehr müsse es genügen, wenn sie dann daraus Deckung erhalten, wenn sie sonst keine Befriedigung finden, d. h. wenn beim Manne nichts mehr zu holen ist. In letzterem Falle aber ließen die Güterrechte durchwegs eine direkte Betreibung der Ehefrau für Schulden, für die sie persönlich haftet, zu. Endlich sei auch in Berücksichtigung zu ziehen, daß eine direkte Betreibung der Ehefrau vor Inanspruchnahme des Mannes in einer Reihe von Kantonen infolge der güterrechtlichen Eigentumsverhältnisse nicht zur Befriedigung des Kreditors führen würde; es sei aber nicht anzunehmen, daß das Obligationenrecht mit Art. 35 eine in den meisten Fällen aussichtslose Betreibungsmöglichkeit habe schaffen wollen. Überhaupt sei die Frage, ob gegen eine Ehefrau die Exekution durchgeführt werden könne, naturgemäß eine solche des ehelichen Güterrechtes, das bestimme, welche Rechte der Ehefrau mit Bezug auf das eheliche Vermögen zustehen. Diese Rechte seien nun aber während des Bestandes des ehelichen Güterstandes nicht immer bestimmbar; sie würden dies erst bei Auflösung des Güterverhältnisses und in diesem Falle änderten sie sich dann oft sowohl hinsichtlich Qualität als Umfang. Es könnten somit auch während der Dauer des ordentlichen Güterstandes jene Vermögensrechte einen bestimmbaren und damit exequierbaren Vermögenswert nicht bilden, um so weniger, als bei Verwertung solcher Ansprüche auch die Pflichtteilsrechte der Erben geschmälert oder ganz vernichtet würden. Nun unterstehe die Gesetzgebung über das eheliche Güterrecht nicht

der Kompetenz des Bundes, und es sei nicht anzunehmen, daß der Bundesgesetzgeber seine Kompetenzen überschritten habe. So müsse auch der Bestimmung in Art. 47, Abs. 2 des Betreibungsgesetzes: „Für Forderungen, welche aus einem gemäß Art. 34 „und 35 des Obligationenrechtes bewilligten Geschäftsbetrieb her„rühren, ist die Betreibung gegen den Schuldner selbst am Orte „des Geschäftsbetriebes zu führen," der Beisatz suppliert worden: „soweit nach kantonalem Rechte eine Betreibung der Ehefrau „überhaupt zuläßig ist." Da letzteres nach dem ehelichen Güterrechte des Kantons Baselstadt nicht zutreffe, so frage es sich nur noch, ob das Betreibungsamt berechtigt gewesen sei, die ungesetzlich angehobene Betreibung zu kassieren, welche Frage aber nach der bundesrätlichen Praxis (Entscheide in Sachen Gut und Flückiger, Archiv I, Nr. 8 und II, Nr. 17) zu bejahen sei. Mit dem vorliegenden Entscheide, wird beigefügt, setze sich die Aufsichtsbehörde nicht in Widerspruch mit dem Entscheid des Bundesgerichtes in Sachen Neuburger & Cie.; denn dort sei dasselbe davon ausgegangen, daß im Kanton Aargau eine absolute Regel, daß eine Ehefrau nicht betrieben werden könne, nicht bestehe, während eben in Baselstadt eine solche gelte.

II. Gegen diesen Entscheid hat namens des Würthner-Gally Fürsprech Römer in Biel rechtzeitig den Rekurs an das Bundesgericht ergriffen. Er stellt den Antrag, es sei in Abänderung desselben das Betreibungsamt Baselstadt anzuweisen, dem Pfändungsbegehren des Rekurrenten gegen Frau Morger-Müller weitere Folge zu geben. Der angefochtene Entscheid verletze, wird behauptet, eidgenössisches Recht und stehe im Widerspruch mit dem bundesgerichtlichen Entscheid in Sachen Neuburger & Cie.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung:

1. Es ist zuzugeben, daß die Frage, ob eine Ehefrau selbständig betrieben werden könne, mit dem ehelichen Güterrechte, unter dem dieselbe steht, eng zusammenhängt und in der Regel durch dieses entschieden werden wird. Allein nachdem das schweizerische Obligationenrecht die Haftung einer bestimmten Kategorie von Ehefrauen, der sog. Handelsfrauen, für persönliche Schulden besonders und unabhängig von dem ehelichen Güterrechte geordnet

hat, so muß es sich doch fragen, ob damit nicht auch die Betreibungsfähigkeit der Handelsfrauen bundesrechtlich habe festgestellt werden wollen. Daß damit in das sonst den Kantonen vorbehaltene Gebiet des ehelichen Güterrechtes eingegriffen würde, kann einer solchen Auslegung des Art. 35 des Obligationenrechtes nicht entgegengehalten werden, da die Frage doch auch mit den in die Kompetenz des Bundes fallenden Materien des Obligationen-, sowie des Betreibungs- und Konkursrechtes zusammenhängt. Bis zum Erlaß des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs nun hat jene Frage weder in der Gesetzgebung, noch in der Rechtsprechung oder in der Wissenschaft eine definitive Lösung gefunden. Dagegen beruht allerdings Art. 47, Abs. 2 des eben genannten Gesetzes unbestreitbar auf dem Gedanken, daß eine Handelsfrau für die Schulden, für die sie persönlich haftet, auch selbständig betrieben werden könne; und es bedarf die baselstädtische Aufsichtsbehörde, um sich dieser Folgerung zu entziehen, einer durch nichts angedeuteten und deshalb unzulässigen Ergänzung des Gesetzestextes. Mit Rücksicht hierauf hat denn auch die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer bereits in dem mehrfach erwähnten Falle Neuburger & Cie. (Archiv V, Nr. 65) dahin entschieden, daß das kantonale eheliche Güterrecht für die Frage der Betreibungsfähigkeit der Handelsfrau für Geschäftsschulden nicht maßgebend sei, daß dasselbe vielmehr in dieser Richtung durch eidgenössisches Recht durchbrochen werde. Und wenn dies im genannten Entscheide ausdrücklich auch nur mit Bezug auf das aargauische eheliche Güterrecht ausgesprochen worden ist, so geht doch aus dem Zusammenhang der Entscheidungsgründe hervor, daß man es mit einem allgemeinen Satze zu thun hat, der auch für den vorliegenden Fall präjudiziell ist.

2. Freilich mag es in einigen Kantonen Schwierigkeiten bieten, die selbständige Betreibungsfähigkeit der Handelsfrau mit dem ehelichen Güterrechte, sowie vielleicht auch mit dem damit im Zusammenhang stehenden Pflichtteilrechte in Einklang zu bringen. Namentlich ist es unbefriedigend, daß eine Handelsfrau auch da betrieben werden kann, wo sie nach dem bestehenden ehelichen Güterrechte keinerlei eigenes Vermögen besitzt, sondern alles in

der Hand des Ehemannes vereinigt ist. Allein diese praktischen Bedenken vermögen eine andere Beantwortung der zu entscheidenden Frage nicht zu rechtfertigen. Übrigens kann da, wo Gütergemeinschaft besteht, die letzterwähnte Unzukömmlichkeit, daß eine Betreibung von vornherein aussichtslos erscheint, weil die betriebene Ehefrau kein pfändbares Vermögen besitzt, sich nicht bieten, indem nach Vorschrift des Gesetzes (Art. 35, Absatz 2 des Obligationenrechtes) für persönliche Schulden der Handelsfrau in einem solchen Falle das gemeinsame Vermögen haftet und demgemäß auch gepfändet werden kann.

Aus diesen Gründen hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer

erkannt:

Der Rekurs wird begründet erklärt und dem Rekurrenten sein Rekursbegehren zugesprochen.

---

132. *Arrêt du 18 mai 1897 dans la cause Dériaz.*

I. — Sur réquisition de Henri Favre, l'office des poursuites d'Orbe notifia, le 10 février 1897, deux commandements de payer à Jean-Charles et à Justin-Louis Dériaz, à Baulmes.

Le 4 mars, les débiteurs furent avisés de la saisie. Cette dernière eut lieu le 8 mars.

II. — Par plainte du 17 mars, les débiteurs demandèrent à l'autorité inférieure de surveillance d'annuler la saisie. Ils déclarèrent qu'ils avaient fait opposition et que, tant que cette opposition n'aurait pas été levée, les poursuites ne pouvaient être continuées.

Dans sa réponse, le préposé constata que les débiteurs avaient retourné leurs commandements de payer à l'office avec la mention : « Je fais opposition vu que je ne possède » rien et ne peux payer dans ce moment. » Le préposé déclarait qu'il avait considéré ces oppositions comme nulles, qu'il avait, en conséquence, donné suite à la réquisition de

continuation de poursuite, que les saisies avaient été opérées en présence des débiteurs et que ceux-ci n'avaient, à cette occasion, nullement contesté la dette.

L'autorité inférieure débouta les plaignants : L'opposant doit contester l'existence de la dette et, s'il se borne à dire « Je suis insolvable, » son opposition est non avenue.

III. — Les débiteurs reprirent leurs conclusions devant l'autorité supérieure cantonale. Ils contestaient qu'ils se fussent bornés, dans leur opposition, à se dire insolvables et faisaient observer que l'affirmation de l'autorité inférieure était contraire, sur ce point, aux déclarations de l'office. Ils se plaignaient d'ailleurs de ce que les commandements de payer portant mention de l'opposition n'eussent pas été produits, bien que leur production eût été requise. Enfin, ils soutenaient avoir expressément et incontestablement « déclaré faire opposition » et ajoutaient que le motif pour lequel cette opposition était faite importait peu puisque le débiteur n'était pas tenu de motiver son opposition.

L'autorité supérieure écarta, elle aussi, la plainte des débiteurs. Son prononcé se fonde, en substance, sur les considérants suivants : Pour être valable, l'opposition doit porter sur le principe ou l'exigibilité de la dette (art. 74 LP.). En l'espèce, les débiteurs ne contestent ni la dette elle-même, ni son exigibilité. Leur aveu d'insolvabilité ne saurait constituer opposition. Ils n'ont d'ailleurs pas protesté contre la saisie à laquelle ils assistaient.

IV. — Jean-Charles et Justin-Louis Dériaz ont déféré ce prononcé au Tribunal fédéral. Ils reprennent les moyens invoqués dans leur recours à l'autorité vaudoise et renouvellent leurs conclusions.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1. — Le recours interjeté par les débiteurs auprès de l'autorité inférieure de surveillance aurait dû être écarté comme tardif. Avisés de la saisie le 4 mars, les débiteurs avaient, dès ce moment, connaissance de la continuation de la poursuite et auraient dû déposer leur plainte dans les dix jours (art. 17

LP.). Ils ne l'ont pas fait et ont même assisté à la saisie sans contester l'existence ou l'exigibilité de la dette.

2. — D'ailleurs, si même les débiteurs eussent recouru en temps utile contre l'avis de saisie, leurs plaintes ne pourraient être accueillies par le tribunal de céans. C'est avec raison que les instances cantonales ont déclaré nulles les oppositions faites par les débiteurs aux commandements de payer qui leur étaient notifiés. Dans les termes où elle était rédigée, leur protestation équivalait bien plutôt à une admission de la dette qu'à une opposition. Les recourants paraissent, il est vrai, avoir voulu contester que cette protestation ait eu la teneur rapportée par l'office. Mais ils n'ont indiqué aucune rédaction différente qui eût pu constituer une opposition véritable, ils n'ont dit nulle part sur quel motif plausible cette opposition eût pu être fondée et ont même gardé le silence lors de l'exécution de la saisie.

Par ces motifs,

La Chambre des poursuites et faillites

prononce :

Le recours est écarté.

---

133. Entscheid vom 29. Mai 1897 in Sachen Frey.

I. In einer von C. W. Emmerich in Leipzig gegen Rudolf Frey-Schenker angehobenen Betreibung wurden dem Schuldner unterm 6./7. April 1897 durch das Betreibungsamt Baselstadt eine Schuhleistenmaschine und eine Bandsäge gepfändet. Am 24. April wies die kantonale Aufsichtsbehörde eine hiegegen gerichtete Beschwerde ab, indem sie ausführte: Der Umstand, daß Rekurrent mit drei Arbeitern die Fabrikation von Schuhmacherleisten betreibe, vermöge zwar nicht ein durchschlagendes Moment dafür abzugeben, daß diese Fabrikation als eine wirklich fabrikmäßige erscheine. Dagegen müsse daraus, daß die fragliche Maschine nur durch eine Elementarkraft und mittelst einer Transmissionseinrich-

tung in Betrieb gesetzt werden könne, geschlossen werden, daß es sich in casu um einen Großbetrieb handle (Archiv IV, Nr. 90). Dazu komme, daß nach den Angaben des befragten Sachverständigen Springhorn ein Schuhleistenmacher nur noch bei Maschinenbetrieb zu konkurrieren in der Lage sei, woraus hervorgehe, daß die Herstellung von Schuhleisten kaum mehr handwerksmäßig betrieben werde. Bezüglich der Bandsäge sodann habe Rekurrent selbst keine Anhaltspunkte namhaft gemacht, welche für die Unpfändbarkeit dieses Werkzeuges sprechen würden.

II. Namens des Rudolf Frey-Schenker hat gegen diesen Entscheid Advokat Bertschi in Basel den Rekurs an das Bundesgericht ergriffen. Rekurrent betreibe — wird geltend gemacht — den Beruf als Schuhleistenmacher, den er in der Jugend erlernt, seit Jahren auf eigene Rechnung. Derselbe könne aber nicht mehr rein handwerksmäßig betrieben werden, sondern es seien zum konkurrenzfähigen Betrieb Maschinen und zwar eine Leistenmaschine und eine Bandsäge erforderlich, was wiederum die Verwendung eines gewissen Geschäftspersonals nach sich ziehe. In That und Wahrheit handle es sich somit, trotzdem mehrere Arbeiter beschäftigt und Elementarkräfte verwendet werden, doch nur um die Ausübung des erlernten Berufs, soweit dieselbe bei den veränderten Verhältnissen überhaupt noch möglich sei, wenn anders die Existenz des Rekurrenten nicht vernichtet werden solle.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung:

Der Entscheid der kantonalen Aufsichtsbehörde beruht darauf, daß es sich vorliegend nicht um die Ausübung eines Berufes im Sinne von Art. 92, Ziffer 3 des Betreibungsgesetzes handle, und daß deshalb Rekurrent auf das hier dem Schuldner eingeräumte Privileg der Unpfändbarkeit der zur Ausübung eines solchen notwendigen Gerätschaften, Instrumente und Bücher sich nicht berufen könne. Nun ist klar, daß diese Bestimmung sich nicht auf jede wirtschaftliche Thätigkeit beziehen kann, und daß nicht jeder Schuldner alle die Hilfsmittel als unpfändbar beanspruchen kann, die ihm in der Erwerbsstellung, die er gerade einnimmt, notwendig sind, sondern es bezieht sich dieselbe nur auf die eigentliche

Berufsthätigkeit, d. h. diejenige Thätigkeit, die wesentlich in der handwerksmäßigen Ausübung bestimmter persönlicher Fertigkeiten oder Kenntnisse besteht. Die auf sich selbst und ihre erlernten Fertigkeiten angewiesenen wirtschaftlichen Existenzen wollten besonders geschützt werden, während es dem Gesetzgeber gewiß fern lag, auch diejenigen Betriebsarten in gleicher Weise zu privilegieren, die sich infolge der Beiziehung von Kapital und der Verwendung fremder Arbeits- oder elementarer Naturkräfte als Unternehmungen qualifizieren (vergl. Archiv III, Nr. 111). Danach beruht aber die Unterscheidung, die die kantonale Aufsichtsbehörde zwischen Groß- und Kleinbetrieb gemacht hat, nicht auf einer unrichtigen Gesetzesauslegung, und ebensowenig kann es als rechtsirrtümlich bezeichnet werden, wenn sie als ausschlaggebend für die Annahme des Großbetriebs im vorliegenden Falle den Umstand bezeichnet hat, daß die Leistenmaschine — der in dieser Richtung nach den eigenen Angaben des Rekurrenten auch die Bandsäge gleichgestellt werden muß — durch Wasserkraft betrieben wird. Denn es ist einleuchtend, daß bei dieser Art des Betriebs die gewöhnlichen Fertigkeiten und Kenntnisse ungleich weniger zur Produktion beitragen, als die mechanische Wirksamkeit der Maschinen, so daß letztere nicht als zur Ausübung eines Berufs notwendige Gerätschaften oder Werkzeuge angesehen werden können. Danach enthält aber der angefochtene Entscheid keine Gesetzesverletzung und muß deshalb bestätigt werden.

Aus diesen Gründen hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer

erkannt:

Der Rekurs wird abgewiesen.

---

134. Entscheid vom 29. Mai 1897 in Sachen Künzli.

I. In einer Betreibung gegen Alois Künzli in Aadorf wurden auf Ansuchen des Betreibungsamtes Matzingen (Thurgau) durch das Betreibungsamt Seuzach (Zürich) Liegenschaften im Kanton Zürich, die dort auf den Namen der Ehefrau des Schuldners im

Grundbuch eingetragen sind, gepfändet. Frau Künzli beschwerte sich gegen die Pfändung bei den thurgauischen Aufsichtsbehörden, wurde aber in unterer und oberer Instanz abgewiesen, von der kantonalen Aufsichtsbehörde laut Entscheid vom 6. Mai 1897 mit der Begründung: Nach § 70 des thurgauischen privatrechtlichen Gesetzbuches hafte das eingebrachte Gut der Frau mit für die Schulden der Ehe und für die vorehelichen Schulden des Mannes. Diese Haftung erstrecke sich auch auf die von der Frau eingebrachten Liegenschaften, und zwar ohne daß es einer vorherigen Umschreibung derselben auf den Namen des Mannes bedürfe. Eine Ehefrau könne — abgesehen von dem Falle der Gütertrennung — gar nicht selbständige Eigentümerin von Liegenschaften sein; denn ihr sämtliches Vermögen gehe mit dem Eheabschluß aus ihrem Sondereigentum von Gesetzes wegen in das Eigentum der ehelichen Gemeinschaft über und hafte als solches ohne weiteres auch für die Schulden des Mannes.

II. Gegen diesen Entscheid hat namens der Frau Künzli Advokat Dr. Hürlimann in Winterthur rechtzeitig den Rekurs an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrag, es sei die fragliche Pfändung aufzuheben. Zugegeben wird, daß die Güterrechtsverhältnisse der Eheleute Künzli-Gamper sich nach thurgauischem Rechte beurteilen, und daß nach diesem alles Eigentum der Frau mit Abschluß der Ehe von Gesetzes wegen in das Eigentum des Mannes übergehe. Allein was den Eigentumsübergang der im Kanton Zürich gelegenen Liegenschaften betreffe, so sei hiefür nach Zürcher Recht, das als lex rei sitæ zur Anwendung zu kommen habe, in allen Fällen die kanzleiische Fertigung notwendig, eine Ausnahme gebe es nur bei Erbschaften von Todes wegen. Der Abschluß der Ehe im Kanton Thurgau und die damit eintretende Gütergemeinschaft bildeten daher für den Ehemann Künzli bloß einen Titel, gestützt auf den er die Übertragung der Liegenschaften seiner Frau im Kanton Zürich verlangen könne. Dagegen hätten diese Thatsachen an sich nicht eine Veränderung der Eigentumsverhältnisse zu bewirken vermocht. Nun dürften aber nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen die Gläubiger für ihre Forderungen auf dem Wege der Zwangsexekution nur auf Vermögen greifen, das ihrem Schuldner gehöre. Diesen Grundsatz habe das Betreibungsamt

Matzingen mißachtet, als es im Kanton Zürich Liegenschaften pfänden ließ, die noch auf den Namen der Ehefrau des Schuldners eingetragen gewesen seien; und das unabänderliche Prinzip der Wahrheit des Grundprotokolls, wie es dem zürcherischen Rechte zu Grunde liege, könne auch nicht durch die Hinweisung auf § 70 des privatrechtlichen Gesetzbuches des Kantons Thurgau durchbrochen werden.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung:

1. Wenn es auch richtig ist, daß grundsätzlich die Gläubiger für die Befriedigung ihrer Forderungen auf dem Wege der Zwangsexekution auf das Vermögen ihres Schuldners angewiesen sind, so ist doch damit noch nicht gesagt, daß nur solche Vermögensstücke gepfändet werden dürfen, von denen es von vornherein feststeht, daß sie dem Schuldner gehören. Und zweifellos läßt das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs auch die Pfändung solcher Werte zu, deren Zugehörigkeit zum Vermögen des Schuldners vorderhand noch streitig ist (vergl. Art. 106—109, 95, Absatz 3 des Betreibungsgesetzes). Es könnte sich deshalb fragen, ob nicht schon von diesem Gesichtspunkte aus die angefochtene Pfändung aufrecht erhalten werden müsse, da anzunehmen ist, daß der Gläubiger die gepfändeten Liegenschaften als Eigentum seines Schuldners beanspruche und man es demnach mit Vermögensstücken zu thun hat, deren Zugehörigkeit zum Vermögen des Schuldners zwar nicht feststeht, die aber doch vorläufig bis zum Austrag des daherigen Streites als pfändbar zu betrachten sind.

2. Abgesehen aber hiervon muß die Pfändung auch aus den von den kantonalen Aufsichtsbehörden angeführten Gründen geschützt werden. Die Rekurrentin giebt selbst zu, daß das eheliche Güterverhältnis zwischen ihr und ihrem Ehemanne durch thurgauisches Recht beherrscht ist und daß deshalb hierauf auch § 70 des thurgauischen privatrechtlichen Gesetzbuches Anwendung findet, der lautet: „Die Frau wird nicht Mitschuldnerin der vom Ehe„gatten eingegangenen Verbindlichkeiten; nur ihr eingebrachtes „Gut haftet mit für die Schulden der Ehe und für die vorehe„lichen Schulden des Mannes.“ Angesichts dieser Bestimmung kann es aber darauf überhaupt nicht ankommen, daß nach zürcherischem Recht für die Übereignung einer Liegenschaft auch in

solchen Fällen die kanzleiische Fertigung erforderlich ist. Denn wenn auch anzunehmen wäre, daß wegen des Mangels der Anmerkung im Grundbuch das Eigentum der Liegenschaften bei der Ehefrau verblieben sei, so würde dasselbe doch nach der maßgebenden thurgauischen Gesetzgebung für Schulden des Ehemannes mit Beschlag belegt werden dürfen; und wie dem das zürcherische Prinzip der Wahrheit des Grundprotokolls entgegenstehen sollte, ist nicht abzusehen.

Demnach hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer

erkannt:

Der Rekurs wird abgewiesen.

---

135. *Arrêt du 8 juin 1897 dans la cause Pittet.*

I. — Sur réquisition d'Alphonse Vallotton, à Lausanne, l'office des poursuites de Montreux a notifié, sous pli chargé, un commandement de payer à « Judith Pittet, précédemment à Montreux, actuellement à Annemasse, France. »

II. — Invoquant l'art. 17 LP., dame Pittet a demandé à l'autorité inférieure de surveillance d'annuler ce commandement de payer. Elle exposait qu'aux termes de l'art. 46 LP. le for de la poursuite est au domicile du débiteur, que la débitrice, domiciliée à Annemasse, ne pouvait dès lors être poursuivie à Montreux, qu'elle n'était d'ailleurs dans aucun des cas où la loi permet la poursuite en Suisse d'un débiteur domicilié à l'étranger.

L'autorité inférieure écarta cette plainte en se fondant sur ce que « la notification ayant été faite par la poste, sous pli » chargé, l'art. 66, al. 3 LP. paraissait avoir été observé. »

III. — Dame Pittet reprit ses conclusions devant l'autorité supérieure de surveillance du canton de Vaud, en faisant observer qu'elle ne s'était pas plainte du mode de notification du commandement de payer et qu'elle n'avait pas invoqué l'art. 66, mais bien l'art. 46 LP.

L'autorité cantonale écarta, elle aussi, la plainte. Son prononcé se fonde essentiellement sur les considérants suivants:

Malgré son dire, dame Pittet s'est plainte du mode de notification du commandement de payer. En effet, dans son recours primitif, elle déclare expressément que, se plaçant sur le terrain de l'art. 17 LP., elle critique la notification de la dite pièce. Or le procédé de l'office apparaît comme absolument régulier au regard de l'art. 66, al. 3 LP. D'autre part, l'art. 46 n'a point la portée que lui attribue la plaignante. Il se borne à sanctionner l'unité du for de la poursuite en Suisse.

IV. — Dame Pittet a renouvelé son recours auprès du Tribunal fédéral : Si la plaignante a invoqué l'art. 17 LP., c'est parce que cet article règle la procédure à suivre pour les recours contre une mesure contraire à la loi. D'ailleurs, l'autorité cantonale interprète à tort l'art. 46 comme ne réglant qu'une question de droit intercantonal et comme ne touchant en rien les rapports internationaux. Si l'art. 46 avait cette portée, l'art. 50 perdrait sa raison d'être.

Dans sa réponse, l'autorité vaudoise de surveillance se réfère aux motifs de son prononcé.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1. — Les instances cantonales ont admis à tort que la recourante se plaignait uniquement du mode de notification du commandement de payer (art. 66 LP.). Des divers recours de dame Pittet, il ressort en effet très clairement, que celle-ci ne s'est jamais plainte du mode de notification du commandement de payer, mais a incriminé cette notification seulement parce que le for de la poursuite n'était pas à Montreux. C'est ce grief que le Tribunal fédéral doit examiner.

2. — Or il est établi en fait que, au moment où la poursuite a été entreprise, la recourante était domiciliée à Annemasse (France), non plus à Montreux. Il n'a pas été soutenu d'ailleurs qu'elle possédât à Montreux un établissement ou qu'elle y eût élu domicile pour l'exécution de l'obligation objet de la poursuite. Les prescriptions des art. 46 et 50 ne s'appliquent dès lors pas à elle. Il n'a pas non plus été opéré de séquestre à Montreux au préjudice de la recourante, selon l'art. 271, et Montreux ne saurait donc pas davantage être considéré comme for du séquestre.

3. — Il suit de là que la recourante ne peut pas être poursuivie au for de Montreux.

Le for de la poursuite est en effet déterminé d'une façon complète par la loi sur la poursuite, notamment par les art. 46 à 55 de cette loi. (Voir toutefois, en ce qui concerne les réclamations de droit public, l'arrêt du Tribunal fédéral du 16 mars 1897, dans la cause Bloch.) Cela résulte d'une manière évidente soit des termes mêmes de ces dispositions, soit de leur rapprochement. L'art. 46 pose le principe que le débiteur doit être poursuivi à son domicile. Les articles suivants, qui établissent les exceptions à ce principe, déterminent les cas où un débiteur domicilié à l'étranger peut être poursuivi en Suisse et fixent en même temps le for où cette poursuite doit avoir lieu. En dehors de ces cas, la loi ne déclare compétente pour la poursuite d'un débiteur domicilié à l'étranger aucune autorité suisse, et le dit débiteur doit dès lors être poursuivi à son for étranger. On ne saurait déduire une solution différente de l'art. 66, al. 3, de la loi sur la poursuite. Cette disposition n'a trait qu'au mode de notification des actes de poursuite et ne vise que les cas où, d'après les règles établies en matière de for par la loi sur la poursuite, un débiteur domicilié à l'étranger peut être poursuivi en Suisse. L'autorité cantonale paraît avoir été portée à une opinion contraire par l'art. 59, al. 1er, de la Constitution fédérale. Mais la loi sur la poursuite ne renferme pas une simple application de la garantie établie par l'art. 59, al. 1er, de la Constitution fédérale en faveur du débiteur solvable ayant domicile en Suisse. Elle règle au contraire — en vertu de la compétence législative conférée à la Confédération par l'art. 64 de la Constitution fédérale — le for de la poursuite d'une manière générale pour toute la Suisse, tant pour les débiteurs domiciliés à l'étranger que pour ceux domiciliés en Suisse. Les travaux préparatoires de la loi confirment cette manière de voir. Le projet du Conseil fédéral du 23 février 1886 avait établi une distinction entre, d'une part, les débiteurs solvables domiciliés en Suisse et, d'autre part, les débiteurs non domiciliés en Suisse ou insolvables. Pour ceux-là, le for de la pour-

suite était, en matière de réclamations personnelles, le for du domicile (art. 55). Quant à ceux-ci, ils pouvaient être poursuivis, soit au lieu où ils séjournaient, soit à celui où se trouvaient les biens qui leur appartenaient, soit enfin au lieu où l'obligation fondant la poursuite devait être exécutée (art. 59). Au cours des débats, ces dispositions furent modifiées. Le for du domicile fut établi d'une manière générale, et non pas seulement pour les débiteurs domiciliés en Suisse ; un for différent ne fut créé pour les débiteurs domiciliés à l'étranger (pour les réclamations personnelles dépourvues de garanties réelles) que dans le cas de séquestre (art. 52 LP.), de l'établissement commercial (art. 50, al. 1er) et du domicile élu (art. 50, al. 2). L'art. 70 du projet issu du deuxième débat disposait encore que les débiteurs sans domicile en Suisse pouvaient être poursuivis où ils se trouvaient. Mais lors de la revision définitive du texte, les mots « en Suisse » furent supprimés, vu que, comme le fit remarquer l'auteur de la proposition, cet article ne pouvait pas signifier que des personnes domiciliées à l'étranger seraient poursuivies en Suisse au lieu de leur séjour. Cet historique de la loi prouve nettement que le législateur a entendu régler d'une manière complète le for de la poursuite. Il en résulte qu'un débiteur pour lequel il n'existe aucun for légal de poursuite en Suisse ne peut pas y être poursuivi et que le législateur n'a intentionnellement voulu autoriser une poursuite en Suisse contre les débiteurs domiciliés à l'étranger que dans les cas limitativement prévus par la loi. Tel qu'il a été déterminé par la loi du 11 avril 1889, le for de la poursuite paraît du reste répondre suffisamment aux exigences pratiques.

Par ces motifs,

La Chambre des poursuites et des faillites

prononce :

Le recours est déclaré fondé et les décisions des autorités cantonales de surveillance des 29 mars et 3 mai 1897, ainsi que le commandement de payer du 5 mars 1897 (N° 8509), sont annulées.

136. Entscheid vom 22. Juni 1897 in Sachen Allgemeine Aargauische Ersparniskasse.

I. Am 11. Januar 1897 pfändete das Betreibungsamt Zezwyl dem Johann Heinrich Märki, Müller daselbst, für eine Zinsforderung der Allgemeinen Aargauischen Ersparniskasse von 340 Fr. verschiedene Immobilien. Am 8. Februar wurde an diese Pfändung Notar Johann Wälchli in Reinach für eine Forderung von 200 Fr. angeschlossen. Hierauf beschwerte sich Johann Wälchli gegen das Betreibungsamt Zezwyl bei der untern Aufsichtsbehörde und verlangte unter Berufung auf Art. 95 des Betreibungsgesetzes, daß für seine Forderung bewegliches Vermögen des Schuldners gepfändet werde. Durch Entscheid vom 22. April 1897 entsprach der Gerichtspräsident von Kulm diesem Begehren, indem er als erstellt annahm, daß der Schuldner Märki pfändbare Beweglichkeiten besitze, die nach Art. 95 Abs. 1 des Betreibungsgesetzes in erster Linie hätten gepfändet werden sollen. Demgemäß wies er den Betreibungsbeamten von Zezwyl an, vorerst die vorhandenen pfändbaren Mobilien zu pfänden; gleichzeitig hob er die Liegenschaftspfändung vom 11. Januar und 8. Februar 1897 auf und ordnete diesbezüglich an, daß das unbewegliche Vermögen erst gepfändet werden solle, wenn das bewegliche zur Deckung der Forderungen nicht hinreichen sollte. Notar Wälchli zog diesen Entscheid an die obere Aufsichtsbehörde weiter, die denselben unterm 19. Mai aufhob und erkannte:

„1. Bei der Liegenschaftspfändung zu Gunsten der Allgemeinen „Aargauischen Ersparniskasse in Aarau per 340 Fr. und zu „Gunsten des Notar Wälchli in Reinach per 200 Fr., vorge„nommen gegenüber dem Schuldner Johann Heinrich Märki, „Müller in Zezwyl, am 11. Januar, bezw. 8. Februar 1897, „hat es sein Verbleiben.

„2. Die beim gleichen Johann Heinrich Märki am 27. April „1897 vorgenommene Pfändung von Fahrhabegegenständen bleibt „mit Bezug auf die Forderung des Notar J. Wälchli per 200 Fr. „bestehen, wird dagegen aufgehoben, soweit sich diese Pfändung „von Fahrnissen auf die 340 Fr. betragende Forderung der All„gemeinen Aargauischen Ersparniskasse in Aarau erstreckt."

Mit Recht sei, wurde ausgeführt, dem Begehren des Notar Wälchli auf Pfändung von Beweglichkeiten entsprochen worden. Dagegen sei es nicht angezeigt gewesen, die von keiner Seite ausdrücklich angefochtene Liegenschaftspfändung von Amtes wegen aufzuheben und das Betreibungsamt anzuweisen, die Fahrhabe auch für die Forderung der Allgemeinen Aargauischen Ersparniskasse zu pfänden. Diese habe sich mit der Liegenschaftspfändung begnügt, und dabei müsse es sein Bewenden haben.

II. Gegen diesen Entscheid hat die Allgemeine Aargauische Ersparniskasse den Rekurs an das Bundesgericht ergriffen. Aus dem Zwecke und der Gestaltung des Instituts der Anschlußpfändung wird gefolgert, daß alle für eine Gruppe vorgenommenen Pfändungen gemeinsam seien und daß, wie die Pfänder des ersten Gläubigers auch für den Anschlußgläubiger hafteten, auch die für letztern gepfändeten Gegenstände ersterem verhaftet würden. So müsse auch, wenn durch ein ungesetzliches Verfahren des Betreibungsbeamten dessen erste Pfändung einer Korrektur unterworfen werde, diese gegenüber allen Gläubigern der nämlichen Gruppe gleich wirken, da sonst Ungleichheiten innerhalb der Gruppe sich ergäben, die mit dem Sinn und Geiste des Gesetzes im Widerspruch stünden. Diesem habe der Entscheid der untern Aufsichtsbehörde entsprochen, den die Rekurrentin ihrerseits, trotzdem dadurch die Liegenschaftspfändung aufgehoben worden sei, deshalb nicht angefochten habe, weil ihr letztere grundpfändlich verhaftet gewesen seien. Nicht einverstanden dagegen sei sie mit dem Entscheide der obern Aufsichtsbehörde, soweit dadurch erklärt werde, daß die Fahrhabepfändung nicht auch ihr zu statten kommen solle. In dieser Richtung sei der Entscheid der untern Aufsichtsbehörde gegenüber ihr, Rekurrentin, in Rechtskraft erwachsen; sie habe ein wohlerworbenes Recht darauf gehabt, daß die Beweglichkeitenpfändung für sie bestehen bleibe. Die Vernehmlassung der kantonalen aargauischen Aufsichtsbehörde ist im wesentlichen eine Wiederholung der Motive ihres Entscheides, während Notar Wälchli in den entscheidenden Punkten die Ausführungen der Rekurrentin als unrichtig bezeichnet und namentlich bestreitet, daß eine von einem Anschlußgläubiger auf dem Beschwerdewege erwirkte Pfändung auch den übrigen Gruppen-Gläubigern zu gut komme.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung:

1. Durch die Anschlußpfändung entsteht zwischen dem erstpfändenden und den sich anschließenden Gläubigern eine Gemeinschaft, die sich namentlich in der Gemeinsamkeit der Pfänder äußert: Wie die Pfänder des ersten den Anschlußgläubigern mitverhaftet werden, so werden auch die ergänzungsweise beschlagnahmten Vermögensstücke des Schuldners gemeinsame Pfänder der ganzen Gruppe (vrgl. Art. 110, Abs. 1 und 2 des Betreibungsgesetzes). Und wenn schon jedem einzelnen Teilnehmer das Recht zusteht, die Verwertung zu verlangen (Art. 117, Abs. 1 des Betreibungsgesetzes), so hat sich doch diese auf sämtliche, bezw. auf so viele Pfandgegenstände zu erstrecken, daß aus dem Erlös alle pfändenden Gläubiger gedeckt werden (Art. 119 des Betreibungsgesetzes). Endlich beruhen auch die Bestimmungen über die Verteilung, speziell diejenigen über die Kollokation der Gläubiger (Art. 144 ff. des Betreibungsgesetzes) auf dem Gedanken der Gemeinschaft der Gruppengläubiger in Hinsicht auf die gepfändeten Objekte. Man hat es sonach mit einer dem Konkurse ähnlichen Art der Zwangsvollziehung zu thun, die sich vom erstern allerdings in verschiedenen Punkten, so namentlich hinsichtlich des Kreises der beteiligten Gläubiger und hinsichtlich der Objekte der Beschlagnahme, wesentlich unterscheidet.

2. Diese Ordnung der Verhältnisse hat zur Folge, daß alle Pfändungen (wie alle Pfandentlassungen) des Betreibungsamtes, so bald eine Gruppe in Frage steht, für oder gegen alle Gruppengläubiger wirken. Es ist mit dem Prinzip der Gemeinsamkeit der Pfänder nicht vereinbar, daß für einen Gruppengläubiger eine Pfändung ausgeführt (oder eine Pfandentlassung vorgenommen) werden könnte, die nicht auch für die übrigen gelten würde. Nicht anders aber verhält es sich, wenn die Aufsichtsbehörde auf Beschwerde hin eine derartige Maßnahme entweder selbst trifft oder anordnet. Auch hier wirkt diese für die ganze Gruppe, und zwar ohne Unterschied, ob die Beschwerde vom Schuldner, oder von einem oder einzelnen, oder ob sie von allen Gläubigern ausgehe. Insbesondere vermag die größere Dili-

genz eines Gruppengläubigers ihm in dieser Richtung ein Vorrecht vor seinen Mitgläubigern nicht zu verschaffen. Der Betreibungsbeamte hat von Amtes wegen die Pfändung in einer dem Gesetze und den Verhältnissen angemessenen Weise vorzunehmen und wenn er dies nicht gethan hat, so bildet die Beschwerde an die Aufsichtsbehörde lediglich den Anlaß, um hier Remedur eintreten zu lassen, ohne daß daraus der beschwerdeführende Gläubiger für sich ein Privileg vor den übrigen herleiten könnte. Die Gemeinsamkeit der Pfänder nicht nur, sondern auch die Einheitlichkeit des Verfahrens würden damit preisgegeben. Anders liegt die Sache in den Fällen der Art. 106 bis 109 des Betreibungsgesetzes; hier handelt es sich um die Zugehörigkeit einzelner Vermögensstücke zum Vermögen des Schuldners, wobei die Wahrung ihrer Interessen in einem amtlichen Avisierungs bezw. einem gerichtlichen Prozeßverfahren den einzelnen Gläubigern überlassen ist.

3. Demnach hat aber Notar Wälchli dadurch, daß er auf dem Beschwerdewege bewirkte, daß dem Gesetze gemäß zunächst die Fahrhabe des Schuldners Märki beschlagnahmt wurde, nicht einzig auf diese Pfandgegenstände ein Recht erworben; sondern es kam die Pfändung auch der erstpfändenden Gläubigerin, der Allgemeinen Aargauischen Ersparniskasse, zu statten. Daß sie sich bei der Pfändung von Liegenschaften beruhigt und nicht zuerst die Beschlagnahme der vorhandenen Fahrhabe verlangt hatte, ist gleichgültig. Abgesehen davon, daß nicht feststeht, weshalb die Beschwerdeführung seitens der Rekurrentin unterblieben ist, und daß sehr wohl der Grund hiefür darin liegen kann, daß sie von dem Vorhandensein von Fahrhabe keine Kenntnis hatte, ist eben die Feststellung der Masse, die zur Befriedigung der Gläubiger dienen soll, soweit der Betreibungsbeamte von Amtes wegen dabei mitwirkt, eine einheitliche Operation, und sie bleibt dies, mag immerhin eine bestimmte darauf bezügliche Maßnahme erst auf Beschwerde eines einzelnen hin von der Aufsichtsbehörde anbefohlen worden sein. Es tritt einfach das später gültig gepfändete Vermögen zu dem früher gepfändeten hinzu und es wird dasselbe dem ersten Gläubiger, der die Pfändung selbst nicht angefochten hat, ebenso gut mitverhaftet, wie das früher gepfändete Vermögen, ohne Rücksicht darauf, ob es von vornherein oder erst auf Be-

schwerde des erstpfändenden Gläubigers beschlagnahmt wurde, auch den nachfolgenden Gläubigern haftet.

4. Nach dem Gesagten beruht der Ausspruch der Vorinstanz, daß die gepfändete Fahrhabe des Schuldners nicht auch der Rekurrentin verhaftet sein soll, auf einer der gesetzlichen Regelung der Anschlußpfändung widersprechenden Auffassung, und es muß der Entscheid insofern aufgehoben werden. Insoweit ferner, als durch letztern die Liegenschaftspfändung aufrecht erhalten worden ist, ist derselbe von keiner Seite angefochten worden, und muß es schon deshalb dabei verbleiben. Immerhin ist klar, daß nach Mitgabe des Art. 95, Alinea 2 des Betreibungsgesetzes die gepfändeten Liegenschaften nur zur Verwertung zu kommen haben, wenn der Erlös der Beweglichkeiten zur Deckung der pfändenden Gläubiger nicht hinreicht.

Demnach hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer

erkannt:

Der Rekurs wird im Sinne der Erwägungen begründet erklärt und demgemäß, unter Aufhebung des Entscheides der Vorinstanz, erkannt, daß die gepfändeten Mobilien auch für die Rekurrentin verhaftet sind und daß die Liegenschaftspfändung bestehen bleibt, immerhin unter dem Vorbehalt, daß die Verwertung derselben nur vorgenommen werden soll, wenn der Erlös der Mobilien zur Deckung der Forderungen der pfändenden Gläubiger nicht hinreicht.

Lausanne. — Imp. Georges Bridel & Cie

G. E. F. M.